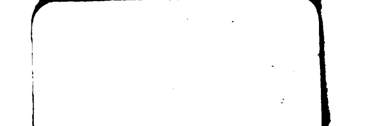



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TS



Germany

Vertretung

beim Fahrniserwerb.

Von

Dr. Franz Leonhard,
Professor an der Universität Marburg.



Leipzig
Dieterich'sche Verlagsbuchhandlung
Theodor Weicher
1899.

Herrn Geheimrat

Professor Dr. Regelsberger

in dankbarster Verehrung.

Inhaltsübersicht.

Seite.

Erster Abschnitt.

Übertragung mit Vertretung des Erwerbers.

Seite.

Zweites Kapitel. Die Übergabe.

I. Unmöglichkeit einer Übergabe an Vertreter.

A. Ausschluß der Vertretung im Besitzerwerb.

B. Unzulässigkeit einer Änderung durch Rechtsgeschäft.

II. Der Ersatz der Übergabe.

Drittes Kapitel. Besondere Fälle.

I. Gleichzeitige Zuwendung an den Mittler.

II. Gleichzeitige Vertretung im Abschlusse des Grundvertrages.

Zweiter Abschnitt.

Übertragung mit Vertretung des Veräußerers.

Dritter Abschnitt.

Vertretung bei den andern Erwerbsarten.

Erster Abschnitt.

Übertragung mit Vertretung des Erwerbers.

§ 1. Es ist eine häufige Erscheinung im Rechtsverkehr, daß beim Erwerbe des Eigentums an beweglichen Sachen Vertreter mitwirken. Es kommt uns darauf an, die Voraussetzungen dieser Vertretung für das bürgerliche Recht festzustellen. Am wichtigsten und zugleich auch am schwierigsten ist das bei der Hauptart des Erwerbs, der Übertragung. Es ist daher eine eingehende Prüfung dieser Frage geboten: und zwar schon jetzt. Allerdings hält wohl die Mehrzahl der Schriftsteller dafür, daß für die erschöpfende Behandlung einzelner Fragen aus dem bürgerlichen Rechte die Zeit noch nicht gekommen sei. Nur so läßt sich die große Zahl von Bearbeitungen erklären, die im wesentlichen Überblicke über das ganze Gesetz oder größere Teile geben wollen. Es beruht das aber, wie ich glaube, auf einem Irrtum. Tote Sammlungen von Vorschriften mag man durch abkürzende Übersichten dem Leser näher bringen: aber dem Geiste eines großen Gesetzeswerkes nähert man sich nur durch tieferes Eindringen, sei es auch nur an wenigen Punkten. Das Verständnis ganzer Rechtsgebiete wird oft am sichersten dadurch erschlossen, daß man ihre Eigenart an der Hand einzelner streitiger Fragen aufdeckt.

Zur Übertragung des Eigentums (§ 929 B.G.B.) ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Dabei kann nun auf seiten des Erwerbers oder auch des Veräußerers eine Vertretung stattfinden. Wir wenden uns zunächst dem ersten Falle zu. Der Uhrmacher A überträgt dem B eine Uhr für einen dritten, C; unter welchen Voraussetzungen wird C Eigentümer?

Bei dieser Frage ist es überaus bedenklich, die beiden Bestandteile der Übertragung — Einigung und Übergabe — zu vermengen. Man darf

wohl behaupten, daß diese Vermischung in der gemeinrechtlichen Lehre viel Unklarheit verursacht hat. Nicht ohne Schuld ist daran die Ausdrucksweise der römischen Juristen, die für beides nur das eine Wort traditio gebrauchen. Das B.G.B (§ 929) erfordert indessen ausdrücklich nebeneinander eine Übergabe und eine Einigung der Parteien. Danach muß man fragen:

1) Ist eine wirksame Einigung zwischen A und C zu stande gekommen?

2) Ist die Sache von A an C übergeben, oder liegt ein gültiger Ersatz der Übergabe vor?

Erstes Kapitel.

Eigentumsvertrag zwischen dem Veräußerer und dem Vertretenen.

I. Offene Vertretung.

A. Offenheitsprinzip.

§ 2. Ist eine Einigung zwischen A und C zu stande gekommen?

Auf die Einigung, die ein Rechtsgeschäft ist, finden die Vorschriften der §§ 164 ff. Anwendung. Nach § 164 vermag eine Willenserklärung für und gegen einen Dritten zu wirken, wenn die Voraussetzungen der Vertretung vorhanden sind. Sie bestehen darin, daß die Erklärung „innerhalb der . . . . Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen“ abgegeben sein muß.

Wir betrachten zuerst das zweite Erfordernis, wonach die Erklärung „im Namen“ des Vertretenen abgegeben sein muß. Der Sinn dieser Bestimmung ist: es muß im Geschäfte offen hervortreten, daß der Dritte Geschäftspartei sein soll und nicht die Mittelsperson. Nur wenn die Erklärung offen auf den Dritten hinweist, treten die Wirkungen in seiner Person ein — Offenheitsprinzip —.

Vor dem Nachweise dieses Satzes ist festzustellen, wie denn diese Offenheit zu verstehen sei. Nicht anders als bei den verwandten Fragen nach der Gültigkeit und nach dem Inhalte eines Geschäftes — in deren Mitte die vorliegende, nach der Wirksamkeit der Erklärung, steht. Auch bei jenen ist in erster Linie maßgebend, was offen hervortritt. Wenn der Erklärende den Inhalt seiner Erklärung nicht wirklich will, so gilt diese dennoch; er kann sie höchstens unter Umständen anfechten (§§ 116 1, 119, 120, 123). Der Mangel des Geschäftswillens allein führt nicht zur Nichtigkeit. Mit diesem Geschäftswillen ist nicht der Erklärungswille zu verwechseln. Dessen Fehlen hat umgekehrt stets Nichtigkeit zur Folge. Sei

es, daß dem Erklärenden überhaupt der Wille fehlt, etwas zu äußern (Äußerungswille) — wie bei dem körperlichen Zwange. Oder daß er zwar etwas äußern will, nicht aber den Zweck verfolgt, dadurch einen gleichlaufenden Gedanken bei anderen zu erregen (Fehlen des Mitteilungswillens, §§ 117, 118). Immer ist die Erklärung nichtig — während sie beim Mangel des Geschäftswillens gültig bleibt. Ebenso ist auch für die Frage nach dem Inhalt der Erklärung — die Auslegung — in erster Linie das offen hervortretende maßgebend[1]).

Es fragt sich nun zunächst, wem gegenüber diese Offenheit bestehen muß. Die meisten Erklärungen sind empfangsbedürftige, d. h. ein bestimmter anderer muß über ihren Inhalt Klarheit erhalten (vgl. §§ 130, 117 ff., 133, 157). Aber auch die andern bedürfen einer gewissen, wenn auch nicht immer genau bestimmten Kenntlichkeit. Bei vielen ist eine solche Form vorgeschrieben, welche ihren Inhalt zur öffentlichen Kenntnis bringen soll — wie bei der Auslobung (§ 657) und der Ausstellung einer Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793). Hier muß alles erhebliche aus der Form erhellen. Daneben giebt es Erklärungen, die keiner solchen oder überhaupt keiner Form bedürfen — wie das Stiftungsgeschäft (§ 81) oder die stille Annahme eines Vertrages (§ 151). Auch sie können regelmäßig nur in einer gewissen Kenntlichkeit abgegeben werden. Und insoweit ist der Grundsatz der Offenheit auch hier anzuwenden. Diese Frage ist übrigens gerade bei der Vertretung deshalb nicht von erheblicher Bedeutung, weil die wichtigste dieser Erklärungen, die Errichtung des Testaments, eine Vertretung überhaupt nicht zuläßt (§ 2064).

Der Grad der erforderlichen Offenheit ist also bei den einzelnen Geschäften verschieden. Notwendig ist aber stets, daß sein Inhalt irgendwie hervortritt, daß in dem Rechtsgeschäfte Offenheit herrscht.

Dagegen ist nicht nötig, daß sie gerade **durch** die Erklärung selbst hergestellt ist. Vielmehr stehen das gemeine und ebenso das bürgerliche Recht m. E. auf folgendem Standpunkte: der Erklärungswille muß erklärt sein, der Geschäftswille aber kann auch auf anderem Wege erhellen. Wird dem Gegner auf irgend eine Weise bekannt, daß der andere ihm eine Erklärung abgeben wolle, so steht das noch nicht der erfolgten Erklärung gleich. Ein Nachbar verrät dem Mieter, daß der Vermieter diesem kündigen wolle. Er zeigt ihm vielleicht sogar zum Beweis den verschlossenen Brief, den der Vermieter ihm zur Besorgung gegeben hat. Das ist indessen noch keine Kündigung. Denn den Erklärungswillen muß der Erklärende in dem

1) Vgl. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 31 ff., 60 ff.

Geschäfte selbst kundgeben. Anders verhält es sich mit der Mitteilung des Geschäftswillens. Erklärt der Vermieter den Willen, die Kündigung auszusprechen, so genügt es zur Vollendung dieses Rechtsgeschäftes, daß der Mieter weiß, was der Vermieter von ihm will. Nicht nötig ist, daß er es gerade durch die Erklärung erfährt. Wenn sich der Vermieter verspricht und, statt auf Ostern, auf Michaelis kündigt, so ist doch der gewollte Inhalt gültig, wenn der Mieter ihn kennt. Nicht deshalb allein, weil dieser Wille beim Vermieter bestanden hat: sondern weil der Mieter ihn aus dessen Worten entnommen, also in der That eine Kündigungs-Erklärung auf Ostern erhalten hat. Daraus erklärt sich auch m. E. die Bestimmung des § 116². Wer sich insgeheim vorbehält, das erklärte nicht zu wollen, giebt eine gültige Erklärung ab (§ 116¹); denn dazu bedarf es eben nur des Erklärungswillens. Handelt es sich aber um eine empfangsbedürftige Erklärung, so gilt alles, was dem Gegner auf andere Weise bekannt wird, als Inhalt der Erklärung. Weiß er also, daß der Erklärende das Geschäft gar nicht gelten lassen will, so ist auch dieser Vorbehalt zu berücksichtigen. Er bewirkt, daß der erklärte Inhalt gleichzeitig negiert wird. Die Erklärung ist nichtig.

Sodann gehören nach meiner Ansicht dahin auch die schwierigen Fälle, wo der Erklärungs-Empfänger dem andern die Mitteilung unmöglich macht. Bei Erklärungen unter Anwesenden ist erforderlich, daß der Empfänger die Erklärung wirklich versteht. Ein bloßes Zugehn genügt nicht. Nun glaubt die Mehrzahl der Schriftsteller eine Ausnahme für die erwähnten Fälle machen zu müssen. [1]) Ein Mieter hält sich die Ohren zu, da der Vermieter zum Kündigen kommt; der Kunde weigert sich ein Schriftstück des Banquiers zu lesen, worin Aufrechnungen und Kündigungen enthalten sind. Hier, sagt man, solle der Inhalt als erklärt gelten: weil der Kunde sich nicht auf seinen bösen Willen berufen dürfe. Ich meine, daß diese Begründung nicht ausreicht und der Satz selbst einer Einschränkung bedarf. Man muß nämlich meines Erachtens verlangen, daß der Empfänger wirklich weiß, was ihm erklärt werden soll. Möglich ist, daß der Mieter vom Vermieter Vorwürfe wegen schlechter Behandlung der Wasserleitung zu hören fürchtete, oder daß der Kunde nur aus Bequemlichkeit oder Müdigkeit das Schriftstück zu lesen verweigerte. Im letzteren Falle kann sich daraus vielleicht ein Schadensanspruch ergeben. Aber daß nun zur Strafe alles als erklärt gelten solle — das scheint mir zu hart. Daraus könnte dem Empfänger ein unverhältnismäßig großer Schaden erwachsen. Das ist um so unbilliger, als der Er-

---

1) Z. B. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, S. 180, 181; Enneccerus, Das Bürgerliche Recht, Bd. I, S. 170.

klärende sich ja sehr einfach helfen kann. Er braucht dem Gegner nur eine schriftliche Mitteilung zuzusenden (§ 130) oder, wenn er ganz sicher gehen will, zustellen zu lassen (§ 132). — Ganz anders, wenn der Mieter, der Kunde genau gewußt haben, was ihr Gegner ihnen erklären wollte. Hier liegt eben in der That eine wirksame Erklärung vor. Der Mieter sieht, daß der Vermieter spricht oder sprechen will; er ersieht also den Erklärungswillen aus der Erklärung. Sodann kennt er den Inhalt dessen, was der Vermieter ihm sagen will. Danach ist ihm dieser Inhalt erklärt. Denn es ist nicht notwendig, daß er ihm gerade durch die Erklärung bekannt geworden sei. Es handelt sich also nicht um eine einzelne Ausnahme, sondern nur um die Anwendung der Regel.

Endlich erklärt sich aus dieser Regel, wie und mit welchem Inhalte Verträge zustande kommen. Der Abschluß beruht auf der Annahme eines Antrags. Beide müssen dem Gegner erklärt sein. Dazu bedarf es aber nur einer Kundgebung des Erklärungswillens; der Geschäftswille wird auch dann berücksichtigt, wenn er dem Gegner auf andere Weise bekannt geworden ist. Sind also beide Parteien im innern einig, so genügt zum Vertragsschlusse schlechthin, daß sie einander den Erklärungswillen mitteilen. Ebenso gilt bei der Auslegung als Inhalt des Vertrages alles, worüber die Parteien einig gewesen sind.

Wir gelangen danach zu dem Ergebnis: Für die Gültigkeit und den Inhalt des Geschäftes entscheidet, was im Geschäfte offen hervortritt. Nicht nötig ist, daß es gerade durch die Erklärung mitgeteilt wird.

§ 3. Genau dieselbe Offenheit ist nun auch bei der Vertretung maßgebend. Nur die offene Vertretung wirkt für den dritten. Das unterscheidet den „Vertreter“ von dem „Ersatzmann“. Beide haben viel Gemeinschaftliches. Sie leisten beide rechtliche Dienste, indem sie Zwischenpersonen bei einem Geschäfte spielen. Sie handeln beide regelmäßig in fremdem Auftrage und Interesse. Sie bilden daher Unterarten eines allgemeineren Begriffes. Man pflegte diesen früher mit dem Namen „Stellvertreter“ zu bezeichnen, indem man den mittelbaren von dem unmittelbaren Stellvertreter unterschied. Dabei waren aber Mißverständnisse unvermeidlich. Ein unleugbarer Fortschritt war es daher, als Ihering statt des ersten Ausdruckes den Namen „Ersatzmann“ einführte. Indessen fehlt es nun wieder an einem Namen für den gemeinschaftlichen Begriff. Ich möchte den Ausdruck „Geschäftsmittler“ vorschlagen. Der Geschäftsmittler ist dann Vertreter (§§ 164 ff.), wenn seine Erklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt — Fremdwirkung —, dann Ersatzmann, wenn das Geschäft nur Wirkung für ihn selbst — Selbstwirkung — erzeugt.

Nach meiner Ansicht findet also nach bürgerlichem Rechte eine Vertretung nur statt, wenn die Beziehung auf den Vertretenen offen hervortritt. Diese Auffassung ist auch für das bürgerliche Recht schon mehrfach vertreten und bekämpft worden. [1])

Für sie spricht zunächst der Wortlaut des § 164. Der erste Satz lautet:

> Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen.

Voraussetzung ist danach, daß die Erklärung im Namen des Vertretenen abgegeben ist. Diese Worte deuten auf ein äußeres Hervortreten und werden in demselben Sinne öfters im Gesetze gebraucht. [2]) Insbesondere aber erhellt dieser Sinn aus dem gleich folgenden Satze, wo es heißt:

> Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll.

Hiernach soll gleichgiltig sein, in welcher Weise — ausdrücklich oder stillschweigend — die Vertretungsbeziehung hervortritt. Also muß sie eben doch irgendwie hervortreten. Der zweite Satz steht zugleich auch dem Einwand entgegen, es habe mit der Angabe der Offenheit nur ein besonders wichtiger Fall hervorgehoben werden sollen. Das Gesetz sagt: ob ausdrücklich oder stillschweigend im Namen des Vertretenen — das macht keinen Unterschied! Diese Ausdrucksweise wäre nicht nur unverständlich, sondern geradezu unrichtig, wenn es auf die Offenheit überhaupt nicht ankäme.

Dazu kommt noch der Absatz II:

> Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Das Gesetz stellt hier in einen deutlichen Gegensatz zu den Fällen des Absatz I den anderen, daß der Wille der Vertretung nicht erkennbar hervortritt. Es bestätigt somit aufs klarste, daß im Absatz I eben von den Fällen der Offenheit die Rede ist. Somit spricht der ganze Wortlaut und

---

1) Planck, a. a. O. Bd. I, S. 211, 212; Anm. 2 zu § 164; Endemann, Einführung, Bd. I, S. 339; Enneccerus, a. a. O. Bd. I, S. 190, 191; Biermann, Sachenrecht, S. 6 [2]; Motive, Bd. I, S. 226 — andererseits: Eck, Sammlung von Vorträgen, S. 66; Cosack, Lehrbuch, Bd. I, S. 217 (II. Auflage); vgl. aber auch S. 56, 216; Hölder, Pandekten, S. 296; Wendt, Pandekten, S. 125.

2) §§ 177, 1380, 1443; vgl. freilich auch § 164 III.

Gedankengang des Paragraphen ersichtlich dafür, daß es zur Vertretung der Offenheit bedarf.

Diese Annahme wird durch einen Vergleich mit den angrenzenden Gebieten des bürgerlichen Rechts noch bestärkt. Zunächst mit der Irrtumslehre (§§ 119 ff.), mit der sich unsre Frage geradezu berührt. Ein Irrtum kann hier z. B. in der Weise vorkommen, daß ein Mittler den Vertrag als Vertreter schließen will, das aber nicht zum Ausdrucke bringt. Es ist dies der Fall, den § 164 II behandelt. Das Gesetz spricht hier allerdings von einem Mangel des Willens; doch erklärt sich diese Ausdrucksweise aus der Irrtumslehre des ersten Entwurfs, aus dem sie übernommen ist.[1]) Das Gesetz steht also in der That auf dem Standpunkte, daß es sich wie in § 119 um einen Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung handelt. Nun vermag die Berufung auf den Irrtum freilich nur negativ zu wirken, nur eine Erklärung zu beseitigen. Sie kann nicht etwas anderes an ihre Stelle setzen, also auch nicht den Gedanken der Selbstwirkung in die Erklärung hineinbringen. Diesen Gedanken sieht das Gesetz indessen in der Erklärung selbst ohne weiteres ausgesprochen. Jeder giebt seine Willenserklärung im Zweifel im eigenen Namen ab. Hegt er insgeheim den Willen, für andere zu handeln, so weicht dieser Wille von dem Erklärten ab. Daraus erhellt, daß unsere Lehre sich mit der Irrtumslehre aufs engste berührt. Die Offenheit, die hier gilt, ist auch in jener zu fordern.

Eine große Ähnlichkeit mit der Vertretung zeigen ferner auch die Versprechen der Leistung an einen Dritten (§ 328), die Abtretung (§ 398) und die Schuldübernahme (§ 414). Freilich beruht sie nicht auf der juristischen Form, sondern auf dem gemeinschaftlichen Gedanken, daß einem Dritten Rechte oder Pflichten zugewendet werden sollen. Bei allen diesen Verträgen ist nun übereinstimmend, daß nur der Vertragsinhalt die Beziehung auf den Dritten herzustellen vermag: nicht aber etwa der einseitige Wille eines Beteiligten oder seine Verpflichtung gegenüber dem Dritten (§§ 328 II, 398, 414). Das bestärkt die Annahme, daß es auch bei der Vertretung in Verträgen ebenso der vertragsmäßigen Übereinstimmung über die Fremdwirkung bedarf. —

§ 4. Zum Nachweise unseres Satzes bedarf es indessen noch des Eingehens auf die Vorgeschichte. Die römischen Quellen geben uns hier nur eine unvollkommene Antwort. Die Römer ließen die unmittelbare Vertretung durch Freie bekanntlich nur ausnahmsweise zu. Daher können wir ihre Schriften regelmäßig nicht in dem Sinne befragen, ob bei der geheimen

---

1) Endemann, a. a. O. Bd. I, S. 339 Anm. 5.

Vertretung Fremd- oder Selbstwirkung eintrete. Sondern nur dahin, ob die — allein zulässige — Selbstwirkung dabei ausgeschlossen sei. Und daß diese Frage verneint werden muß, ist doch wohl unzweifelhaft. Unmöglich kann ein Kauf deswegen unwirksam sein, weil ihn der Käufer im Auftrage und Interesse eines Dritten abgeschlossen hat. Fast jede Stelle des Digesten-Titels mandati vel contra beweist das Gegenteil. Die Quellen machen auch keine Ausnahme für den Fall, daß der Beauftragte etwa den Willen gehabt hat, den Dritten zu berechtigen und zu verpflichten. Anders aber, wo dieser Wille erklärt ist. Hier schrecken die Römer in der That nicht vor der Folgerung zurück, daß das Geschäft nichtig sei. So schreiben die Kaiser Diokletian und Maximilian (c. 4, 50 si quis alteri c. 6 § 3):

> Sin vero ab initio negotium uxoris gerens comparasti n o m i n e i p s i u s, empti actionem nec illi nec tibi adquisisti, dum tibi non vis nec illi potes: quare in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio tradita est.

Die Worte nomine ipsius können sich hier nur auf die Erklärung, nicht auf den inneren Vertretungswillen beziehen. Denn die Kaiser bezeichnen unmittelbar vorher als entscheidend, wer den Vertrag abgeschlossen hat: contractu . . . . a te nomine tuo habito — si . . . nomine suo emit — res gesta potior quam scriptura habetur. Vor allem aber sprechen für unsere Deutung praktische Gründe. Schwerlich konnten doch alle Verträge deshalb nichtig sein, weil eine Partei im Innern den Willen, für einen Dritten zu handeln, gehegt hatte.[1]) Der Vertragsgenosse, der weder von dem Mittler noch von dem Dritten hätte Erfüllung verlangen können, wäre dann durch den verborgenen Willen des Gegners schwer geschädigt worden.

Danach können es nur die Geschäfte mit offener Vertretung gewesen sein, die die Römer für unzulässig hielten. Aber wir können auch einen positiven Beweis für das Offenheitsprinzip aus den römischen Quellen entnehmen. Die Römer ließen nämlich in gewissen Verhältnissen — vor allem beim Erwerb des Besitzes und Eigentums — eine unmittelbare Vertretung zu. Und hier wird zur Herbeiführung der Fremdwirkung immer erfordert, daß das Geschäft alieno oder alterius nomine abgeschlossen sei.[2]) Nun ist freilich streitig, was unter diesem Ausdrucke zu verstehen sei: das äußere

---

1) Vgl. auch c. 4, 26 quod cum eo c. 7 § 3 (1); Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 1, S. 342.

2) dig. 41, 1 de adq. rer. dom. l. 13 pr. § 1; 41, 2 de acq. vel am. poss. l. 1 § 20; 16, 3 depos. l. 1 § 11; 26, 9 quando ex f. l. 5 § 1; cod. 3, 32 de rei vind. c. 8; vgl. auch dig. 26, 9 quando l. 2; Ihering, a. a. O., S. 145 ff., 332 ff., 335 ff.

Hervortreten im Vertrage oder die innere Beziehung zum Dritten. Indessen spricht für die erste Auffassung der römische Sprachgebrauch, der nomine regelmäßig im Sinne des nach außen kenntlichen Sachverhaltes, ja selbst im Sinne eines äußeren Vorwandes gebraucht. Ferner der oben genannte Ausspruch aus dem Codex (4, 50 c. 6 § 3), wo es gewiß in der ersten Bedeutung gebraucht wird. Und ebenso endlich noch mehrere andere Stellen aus demselben Titel. Hier ist der regelmäßige Gedankengang der, daß es nicht auf den Wortlaut der Kaufurkunde, wohl aber auf das eigentlich Verhandelte ankomme — und letzteres wird mehrmals mit dem Ausdruck nomine gekennzeichnet (c. 1, 2, 3, 6 pr., § 1). Vor allem aber wird hier wiederholt hervorgehoben, daß es darauf, wer den Kaufpreis bezahle, also auf die innere Beziehung des Mittlers zum Dritten, nicht ankomme (c. 1, 6 pr., § 1, c. 8, 9). — Die nähere Betrachtung der vom Eigentumserwerb handelnden Stellen müssen wir im übrigen einer späteren Stelle vorbehalten.

Die unmittelbare Vertretung war also im römischen Rechte, soweit sie überhaupt zulässig war, von der Offenheit abhängig. Nun behaupten aber mehrere Schriftsteller[1]), daß auch die geheime Vertretungsabsicht vertretungsähnliche Wirkungen erzeugt habe — und zwar auf dem Wege einer actio adiecticiae qualitatis. Die actio institoria und quasi institoria sollen auch auf solche Fälle anwendbar gewesen sein, wo der Mittler in geheimer Vertretungsabsicht gehandelt habe. Diese Ansicht scheint mir indessen bereits genügend widerlegt zu sein.[2]) Der Prätor konnte ja allerdings nicht etwa erfordern, daß die Institoren die Absicht, den Dritten zu berechtigen und zu verpflichten, kundgaben. Denn diese Absicht, die dem Rechte widersprach, konnte natürlich nur ganz selten vorhanden sein. Aber er verlangte eine thatsächliche Beziehung des Geschäfts auf den Dritten — derart, daß wir in ihr die Kundgebung dieser Absicht erblicken würden.[3]) —

Auch die Betrachtung des Deutschen Rechtes, aus dem sich das allgemeine Vertretungsrecht entwickelt hat, ist unserem Satze günstig. Auch dies Recht kannte ursprünglich keine unmittelbare Vertretung.[4]) Sie nahm später ihren Ausgang von der Gewalt des Muntherren und anderseits von

---

1) Mandry, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 14, S. 395 ff.; Das gemeine Familiengüterrecht, Bd. 2, S. 601 ff.; Hellmann, Stellvertretung, S. 80 ff.; Schloßmann, Das Kontrahieren mit offener Vollmacht.

2) Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung, S. 26 ff., 308 ff.; Zimmermann, stellvertretende Negotiorum Gestio, S. 105 ff.; Lenel, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 36, S. 131 ff.; vgl. Regelsberger, Pandekten, S. 590; Windscheid, Pandekten, Bd. 2, S. 736, 737; Dernburg, Pandekten, Bd. 1, S. 277; Bd. 2, S. 37 Anm. 13.

3) Lenel, a. a. O., S. 132 ff.

4) Heusler, Institutionen, Bd. 1, S. 203 ff.

der Vertretung durch die Untergebenen[1]) — also von Verhältnissen, bei denen die Beziehung zu dem Dritten regelmäßig offen hervortritt. Demgemäß hat sich dann auch in der gemeinrechtlichen Rechtsprechung der deutschen Gerichte die Vertretung in diesem Sinne ausgebildet. Das Reichsoberhandelsgericht, das Reichsgericht und die höchsten Gerichte von Darmstadt, Stuttgart und Jena haben sich klar für das Erfordernis der Offenheit ausgesprochen.[2]) Die Beziehung auf den Dritten muß — wenn auch nicht durch ausdrückliche Nennung des Dritten[3]) — doch aus dem Geschäfte erkennbar sein. Und ebenso ist dieser Grundsatz auch in der Wissenschaft des gemeinen Rechtes fast durchweg anerkannt worden.[4])

Auf demselben Standpunkte stehen ferner auch das preußische, französische und württembergische Recht[5]) und das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, dessen Artikel 52 II das Vorbild des § 164 II B.G.B. gewesen ist.[6]) Wohl am deutlichsten aber spricht das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen den maßgebenden Grundsatz aus. Es unterscheidet genau zwischen einem „Stellvertreter, der sich als solcher zu erkennen gegeben hat" (§ 788) und „Verträgen, welche der Stellvertreter für den von ihm Vertretenen auf eigenen Namen schließt" (§ 790).

Bei dieser Lage des bisherigen Rechtes hätte eine Abänderung gewiß eines klaren Ausdruckes bedurft. Statt einer solchen Änderung finden wir im Bürgerlichen Gesetzbuch vielmehr die oben genannten Bestimmungen, die den Grundsatz des früheren Rechtes durchaus bestätigen. —

§ 5. Unsere Auffassung besteht aber endlich auch die Probe der praktischen Brauchbarkeit. Dies zeigt sich in erster Linie bei der Vertretung im Abschlusse von Schuldverträgen. Tritt die Beziehung anf den Dritten nicht hervor, so wird der Mittler selbst berechtigt und verpflichtet. Ein Banquier kauft im geheimen Hinblick auf den Auftrag eines Kunden Papiere an der

---

1) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, S. 296 ff.

2) Entsch. d. R.O.H.G., Bd. 1, S. 56; Bd. 2, S. 402; Bd. 4, S. 174; Bd. 22, S. 27; Bd. 23, S. 57; Seuff. Arch., Bd. 26, Nr. 8 — Entsch. des R.G., Bd. 2, S. 166 — Seuff. Arch., Bd. 11, Nr. 149 — Bd. 13, Nr. 93; Bd. 21, Nr. 163 — Bd. 33, Nr. 126; ebenso O.L.G. München, Sammlungen, Bd. 8, S. 490 ff. (abweichend Hellmann, Stellvertretung, S. 95).

3) Seuff. Arch., Bd. 26, Nr. 8, 63; Bd. 27, Nr. 125; Bd. 32, Nr. 10; Bd. 33, Nr. 126, 284; Bd. 43, Nr. 260.

4) Jhering, a. a. O., S. 312; Regelsberger, a. a. O., S. 590; Windscheid, a. a. O., Bd. 1, S. 184 und citierte; Dernburg, a. a. O., Bd. 1, S. 277; Motive, Bd. 1, S. 226.

5) Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, S. 206; Code civil, Art. 1199 ff.; Pothier, Traité des obligations, S. 58; Wächter, Württembergisches Privatrecht, Bd. II, § 88 B.

6) Vgl. Dresdener Entwurf, Art. 84^4; ferner Art. 368 (§ 392) H.G.B.

Börse. Daß er selbst dadurch verpflichtet werden muß, ist durch die einfachsten Erwägungen geboten. Es könnte sich sonst jeder Vertragsschuldner, dem das Geschäft leid geworden, hinter einen vermögenslosen Strohmann zurückziehen, den er als eigentlichen Geschäftsherrn präsentiert.

Das ist natürlich undenkbar. Der Streit kann sich daher nur noch um folgende Fragen drehen:

1) Giebt es andersliegende Fälle der Geschäftsmittlung, wo die Haftung des Mittlers entbehrlich ist?
2) Haftet der Dritte etwa neben dem Mittler?
3) Wie steht es mit den Rechten des Dritten?

1) Mitteis (a. a. O. S. 138 ff.) hat in der Weise einen Mittelweg einzuschlagen versucht, daß er zwischen den einzelnen Fällen unterscheidet. Die Offenheit soll nur dann Voraussetzung für die Fremdwirkung sein, wenn das zum Schutze Dritter notwendig sei: nämlich dann, wenn durch die Einsetzung des Geschäftsherrn an die Stelle des Mittlers ein Dritter ein Recht verlieren oder eine Pflicht erlangen würde (S. 124, 139).[1] Diese Auffassung besticht umsomehr, als sie sehr ansprechend dargestellt ist. Dennoch leidet sie an einem erheblichen Mangel. Sie berücksichtigt in der ganzen Frage nur das Interesse des Dritten — d. h. des Vertragsgegners, im obigen Beispiele des Verkäufers der Wertpapiere — nicht aber das Interesse des Geschäftsherrn — des Kunden. Sie versagt also in allen Fällen, wo es auch auf den Schutz des Herren ankommt. So beim Besitz- und Eigentumserwerb, wo Mitteis lediglich auf den inneren Willen des Mittlers sehen will. Er fühlt aber selbst, daß der Geschäftsherr schutzbedürftig ist (S. 147). Daher sieht er sich genötigt, den Vertretungs-Willen des Mittlers überall da zu unterstellen, wo dieser Erwerb dem Willen des Herrn und der Pflicht des Mittlers entspricht (S. 146 ff.). Es ist das indessen eine Fiktion, die durchaus nicht immer den thatsächlichen Verhältnissen entspricht und vielmehr zeigt, daß die Grund-Auffassung von Mitteis nicht allen Fällen der Geschäftsmittlung gerecht wird.

2) Wir kommen sodann zu der Frage nach der Mithaft des Herrn. Es liegt recht nahe, vom Mitteisschen Standpunkte zu der Entscheidung zu gelangen, daß bei verborgener Vertretungs-Absicht der Auftraggeber neben dem Mittler verpflichtet werde. Denn hier — könnte man meinen — handle es sich nur darum, den Vertragsgenossen zu berechtigen, nicht zu verpflichten. Indessen lehnt Mitteis selbst diese Auffassung durchaus ab (S. 310), ersichtlich aus dem Gedanken heraus, daß man die Rechte und

1) Vgl. auch Hölder, Pandekten, S. 296.

Pflichten aus demselben Vertrage so nicht trennen könne. Wohl aber ist jene Ansicht für das bürgerliche Recht von Eck (a. a. O. S. 66) und Cosack (a. a. O. S. 217) verteidigt worden.[1] Nach Eck soll der § 164 II B.G.B. die Berufung auf den geheimen Vertretungswillen nur dem Mittler gegenüber der andern Vertragspartei abschneiden, nicht aber dem Vertragsgegner gegenüber dem Geschäftsherrn und diesem gegenüber dem Mittler. Danach würde der Vertragsgenosse aus dem Geschäfte sowohl den Mittler als auch den Herrn in Anspruch nehmen können. In unserem Beispiele würden dem Verkäufer der Papiere der Banquier und der Kunde als Gesamtschuldner gegenüberstehen. Dieser Annahme ist aber meines Erachtens nicht beizutreten.

Es ist zunächst nicht möglich, eine Stütze dafür im bisherigen gemeinen Rechte zu finden. Daß die actio institoria und quasi institoria dazu ungeeignet sind, ist schon vorher (S. 9) ausgeführt worden. Sie gehen nur dann gegen den Geschäftsherrn, wenn die Beziehung auf ihn im Geschäfte hervorgetreten ist. Das Gleiche gilt ferner von der actio de in rem verso utilis. Es ist vielfach der Versuch gemacht worden, dem Geschäftsgegner auf diesem Umwege der Bereicherungsklage einen Anspruch gegen den Herrn zuzusprechen.[2] Auch diese Ansicht ist meines Erachtens bereits überzeugend widerlegt worden.[3] Aber wenn sie auch für das gemeine Recht zuträfe, so würde dieser Anspruch doch nach bürgerlichem Rechte deshalb ausgeschlossen sein, weil das Gesetz die actio de in rem verso nicht aufgenommen und damit stillschweigend beseitigt hat.[4] — Endlich wird in der gemeinrechtlichen Wissenschaft, insbesondere von Scheurl, auch die Ansicht vertreten, der Vertragsgenosse könne vom Mittler verlangen, daß dieser ihm seinen Anspruch gegen den Geschäftsherrn aus dem Auftragsverhältnisse abtrete.[5] Ein solcher Anspruch auf Abtretung besteht aber in Wirklichkeit gar nicht.[6] Er würde zudem auch ganz unzureichend sein, da er im Konkurse des Geschäftsmittlers keine dingliche Wirkung haben könnte.[7] Nun meint

---

1) Vgl. auch Schweiz. B.G. Art. 399; Protokolle II. Kommission, Bd. 2, S. 2305 ff.; Jacubezky, Bemerkungen zum Entw., S. 31.

2) Ruhstrat, Oldenburg. Archiv, Bd. 1, S. 49; Mandry, Familiengüterrecht, Bd. 2, S. 460; v. Tuhr, Die actio de in rem verso, S. 293 ff.; Dernburg, a. a. O., Bd. 2, S. 41, 42 Anm. 17.

3) Jhering, a. a. O., S. 339 ff.; Windscheid, a. a. O., Bd. 2, S. 743, 744 Anm. 5; vgl. Seuff., Arch., Bd. 42, Nr. 13.

4) Endemann, a. a. O., Bd. 1, S. 903; Motive, Bd. 2, S. 872 ff.; vgl. §§ 1617, 1618.

5) v. Scheurl, Jahrb. für Dogmatik, Bd. 2, S. 31 ff.; vgl. bayrischer Entwurf, Art. 750.

6) Jhering, a. a. O., S. 338; Entsch. d. R.G., Bd. 2, S. 167, 168.

7) Motive, Bd. 2, S. 872.

Scheurl freilich, daß der Vertragsgegner auf Grund des Abtretungs-Anspruchs auch unmittelbar gegen den Geschäftsherrn zu klagen berechtigt sei.[1]) Aber dies Klagerecht würde durchaus noch nicht ohne weiteres aus jenem Anspruche hervorgehen. Zudem müßte ein solcher dinglicher Übergang der Forderungen die größten Verwicklungen in die Rechtslage der Parteien bringen.[2])

Überhaupt ist es meines Erachtens nicht gerechtfertigt, wenn die Gegner sich für ihre Ansicht auf die Billigkeit berufen. Es scheint mir vielmehr recht unbillig, daß der Verkäufer der Wertpapiere sich nun auf einmal an einen Schuldner halten darf, von dem er beim Vertragsschlusse nichts wußte und wissen konnte. Er hat dem ihm gegenüberstehenden Käufer Kredit gegeben. Bekommt er nun plötzlich noch einen anderen, vielleicht zahlungsfähigeren Schuldner, so liegt für ihn darin ein ganz unberechtigtes Glücksgeschenk. Nun beruft sich freilich Scheurl (a. a. O.) auf einen Fall, wo ein vermögensloser Mittler (B) im Auftrage eines Dritten (C) dessen Wagen an A verkauft und der C plötzlich seinen Auftrag zurückzieht. Hier, meint Scheurl, müsse dem Käufer doch aus praktischen Gründen das Recht auf Abtretung des Auftrags-Anspruchs gegeben werden. Ein Bedürfnis zu einer solchen Bestimmung besteht aber nicht. Denn ihren Erfolg kann A ganz leicht auf andre Weise herbeiführen. Er klagt gegen B auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und vollstreckt das Urteil in der Weise, daß er den Auftrags-Anspruch des B gegen C pfänden und sich überweisen läßt. So kann er dies Vermögensstück des B allerdings verwerten. Nur das Recht, ohne weiteres gegen C vorzugehen — das ihm Scheurl gleichfalls einräumen will — ist ihm mit Recht versagt.

3) Mit der Frage nach der Mithaft des Herrn hängt aufs engste die andre zusammen, ob der Herr aus dem Vertrage auch berechtigt werden solle. Aus der eben bekämpften Auffassung schließt Cosack folgerecht, daß der Mittler und der Herr auch gesamtberechtigt seien. Danach würde der Herr indessen den Anspruch selbständig einziehen und so das Rückhaltungsrecht des Mittlers vereiteln können. Die meisten Gegner wollen hingegen nur einen von beiden als berechtigt gelten lassen. Daraus ergiebt sich nun gar das eigenartige Verhältnis, daß der andre zwar verpflichtet, nicht aber berechtigt ist. In der Person des Herrn ist dies Verhältnis schon deswegen unmöglich, weil der Mittler gar keine Vollmacht hat, den Herrn bloß zu verpflichten, ohne ihn auch zu berechtigen.[3]) Überhaupt aber ist die Zerreißung der Rechte und Pflichten bedenklich und unbillig

1) a. a. O., S. 32; vgl. Dresdener Entwurf, Art. 90 II.
2) Motive, a. a. O.
3) Mitteis, a. a. O., S. 310.

für den, der nur verpflichtet werden soll.[1]) Auch dies spricht also gegen die unter 2) dargestellte Auffassung.

Ihre Vertreter nehmen nun an, daß diese Rolle des nur Verpflichteten dem Mittler zufalle. Die Rechte aus dem Vertrage sollen unmittelbar dem Geschäftsherrn erworben werden. Daß dies Ergebnis für den Mittler äußerst nachteilig ist, habe ich eben schon hervorgehoben. Aber es wird auch den Interessen des Vertragsgegners nicht gerecht. Es scheint zwar zunächst, als ob gegen diese Zuwendung der Rechte an den Dritten von seinem Standpunkte aus nichts einzuwenden sei. Denn — so könnte man glauben — dem Schuldner muß es ja wohl gleichgültig sein, wer ihm als Vertrags-Gläubiger gegenübersteht. Aber das ist keineswegs richtig. Zunächst hat der Schuldner ein erhebliches Interesse daran, genau zu wissen, ob er ein vollendetes Geschäft geschlossen hat oder nur ein Bruchstück, das von der Vertretungsmacht oder Genehmigung eines Dritten abhängig ist.[2]) Sodann ist zu beachten, daß es sich nicht nur darum handelt, ob dem Geschäftsherrn die Rechte zustehen sollen. Sondern nach der Ansicht der Gegner würde ihm wohl die ganze Rechtsstellung des Vertragsgenossen zufallen. Der Auftraggeber des Banquiers würde also nicht nur den Anspruch aus dem Kaufe erwerben, sondern überhaupt als Käufer erscheinen. Nach ihm müßte sich also auch der Umfang der Kaufansprüche richten, z. B. der Betrag des Schadens, der durch eine verspätete Lieferung entsteht. Eine solche außerordentliche Belastung würde den Verkäufer ganz unerwartet und ungerechtfertigt treffen.

Aber auch wenn man die Ansicht der Gegner nicht auf die Käufer-Stellung, sondern nur auf die Rechte aus dem Vertrage beziehen wollte, so würde das Interesse des Verkäufers immer noch ebenso gefährdet sein. Das scheint zwar insofern unrichtig, als der Gläubiger seinen Anspruch ja ohnehin im Wege der Abtretung leicht auf jeden andern übertragen kann. Aber bei einem solchen Einwand wird übersehen, daß in dem Falle der Abtretung der Käufer doch einmal — und sei es auch nur einen Augenblick — Gläubiger gewesen ist und daß sich daran wichtige Folgen knüpfen. Denn alle Einreden, die gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren, gehen bei der Abtretung mit über (§ 404 ff.). Würde der Geschäftsherr aber die Rechte unmittelbar erwerben, so könnten die Einreden, die nur gegen den Mittler durchgreifen, ihm gegenüber gar nicht entstehen. So wäre z. B. eine Aufrechnung mit einem Anspruche gegen den Mittler aus-

---

1) Planck, a. a. O., S. 211, 212; Enneccerus, a. a. O., S. 198.

2) Lenel, Jahrb. für Dogmatik, Bd. 36, S. 13.

geschlossen. Ein Kaufmann wohnt längere Zeit in einem Hotel, dessen Wirt allmählich wegen der Bezahlung Befürchtungen zu hegen beginnt. Der Wirt kauft deshalb seinem Gaste ein Dutzend silberne Löffel ab, um sich im Wege der Aufrechnung bezahlt zu machen. Als er aber aufrechnen will, erklärt ihm der Gast, daß er Reisender der Firma C sei und in ihrem Namen verkauft habe — daß der Wirt daher mit seinem Anspruche gegen ihn selbst nicht aufrechnen könne.[1]) Deutlich erhellt hier der Unterschied von der Abtretung. Es genügt zur Erhaltung der Einreden, daß der Gegner auch nur vorübergehend Gläubiger gewesen ist. Hat er aber dem Dritten das Recht unmittelbar zuwenden können, so ist der Schuldner um die Möglichkeit der Aufrechnung gebracht.

Danach ist es m. E. nicht angängig, die Rechte aus dem Vertrage einem Dritten zuzusprechen. Eine solche Bestimmung wäre nur durchführbar, wenn zugleich besondere Vorschriften zum Schutze des Schuldners gegeben würden. Die II. Kommission hat daher mit Recht die Anträge abgelehnt, die dem fiduciarischen Verhältnisse eine dingliche Wirkung beizulegen beabsichtigten.[2])

§ 6. Natürlich ist nicht zu verkennen, daß diesen Interessen des Schuldners auch andere des Geschäftsherrn gegenüberstehen. Er muß allerdings den unmittelbaren Rechtserwerb wünschen — eben um die Einreden aus der Person des Mittlers abzuschneiden. Man kann aber schwerlich sagen, daß sein Interesse das der andern Beteiligten überwiege. Der Mittler und der Verkäufer haben das gleiche Interesse an ihrer Sicherung, wie der Geschäftsherr. Nun werden die Gegner aber vielleicht einwenden, daß das Schutzbedürfnis des Mittlers und des Vertragsgenossen seltener eintrete und deshalb nicht beachtet werden dürfe. Indessen ist zunächst die thatsächliche Richtigkeit dieser Beobachtung zweifelhaft: jedenfalls giebt es auch Fälle, wo ein berechtigtes Interesse nur auf seiten jener vorhanden ist. Vor allem aber kann ein solches Zahlenverhältnis allein doch gar nicht maßgebend sein. Das Recht kann nicht jeden einzelnen Fall regeln, aber doch auch nicht ganze Gruppen von wichtigen Fällen unbeachtet lassen. Das richtet sich zugleich gegen den Einwand, den man oft hört: es sei den Parteien selbst ganz gleichgültig, ob sie den Mittler oder einen Dritten sich als Vertragsgenossen gegenüber hätten. Es entspricht diese Auffassung der neuerdings lebhaft empfohlenen Methode, die Rechtssätze nur aus den regel-

1) Vgl. meinen Aufsatz in der Österreichischen Gerichtszeitung 1897, Bd. 48, S. 201, Lenel in Iherings Civilrechtsfällen, S. 201; vgl. auch gegen Cosack §§ 429 III, 422 II.

2) Protokolle, Bd. 2, S. 2305 ff.; vgl. Planck, a. a. O., S. 212.

mäßigen Gestaltungen des Verkehrs zu entnehmen. Darin liegt die erhebliche Gefahr, daß man die Normen für die Streitfälle des Rechtslebens aus den Friedensfällen zu gewinnen sucht. Der tägliche Verkehr zeigt gar manche Erscheinungen, die nur für die große Menge der unbedenklichen Fälle passen. Die meisten Kaufleute lassen ihren Privatkunden reichliche Zeit zur Bezahlung des Kaufpreises. Diese Geschäftsübung beruht aber nicht auf der Überzeugung von einer Rechtspflicht. Und deshalb hat die Gewährung ihre Grenzen. Sie versagt, wenn ihr das eigne Interesse des Verkäufers dringend entgegensteht, wenn es sich um eine bedeutende Summe oder einen bedenklichen Schuldner handelt. So selten auch solche Fälle sein mögen, so sind sie doch andrerseits oft auch grade die wichtigsten. Für sie hält das Recht eine Regelung offen, die von der friedlichen Ordnung des Verkehrs vielfach abweicht.

So ist es auch besonders in der Lehre von der Vertretung. Gar oft würde der Vertragschließende ebenso gern oder noch lieber an Stelle des Mittlers einen Dritten als Vertragsgenossen annehmen. So in den nicht seltenen Fällen, wo Reisende für ihre Firma Geschäfte schließen wollen, die Beziehung zu ihr aber nicht erkennen lassen. Regelmäßig wird gegen den Eintritt der Firma in den Vertrag nichts einzuwenden sein. Aber auch für die Ausnahme-Fälle muß das Recht Fürsorge treffen.

Nun scheint es naheliegend, eben für solche Fälle ausnahmsweise andere Rechtsfolgen zu bestimmen. Aber das wäre undurchführbar. Die Erforschung der konkreten Partei-Interessen ist nicht immer möglich. Noch weniger aber ein Abwägen, wenn sie einander widersprechen. Das ist schon deswegen ausgeschlossen, weil hier ja drei Beteiligte vorhanden sind und ihre Interessen sich daher in der mannigfaltigsten Weise kreuzen können.

Wie hilft sich nun das Recht in derartigen Fällen, wo die Interessen verschiedener Personen in Betracht kommen? Ein Beispiel geben uns die Versprechen der Leistung an einen Dritten, die der Vertretung wirtschaftlich nahe stehen. Das Gesetz stellt hier gar keine zwingende Regel auf, sondern überläßt den Parteien, zwischen den drei Möglichkeiten zu wählen: ob der Dritte gar kein Recht oder ein Recht neben dem Versprechens-Empfänger oder allein ein Recht haben solle. Wo mehrere Formen möglich sind und Interesse gegen Interesse steht, haben die Parteien die Wahl. Da diese Wahl beiden Parteien überlassen ist, kann sie nur durch vertragsmäßige Einigung getroffen werden. So giebt das Recht den Beteiligten Gelegenheit, ihre Verhältnisse nach ihrem Vorteile zu beeinflussen. Mehr kann das Privatrecht regelmäßig nicht erreichen. Jeder muß hier seines eignen Glückes Schmied sein; daß ein Unverständiger dabei zu Schaden kommt,

läßt sich nicht immer verhindern. Das ist die wahre gleiche Verteilung von Licht und Schatten und gerechter, als alle Beschützung eines einseitigen Interesses. Es mag im einzelnen Falle billig erscheinen, daß ein Dritter unmittelbar verpflichtet und berechtigt werde; aber — kann man mit Ulpian (d. 2, 14 de pact. l. 1 pr.) fragen — quid .... tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?

B. Insbesondere bei der Übertragung.

§ 7. Wir wenden uns nun zu dem besonderen Falle, der uns beschäftigt: der Vertretung bei der Übertragung des Eigentums. Auch hier kann der Wille des Geschäftsmittlers von der Erklärung abweichen. Solche Zweifelsfälle sind folgende: Der Landwirt B erhält auf dem Pferdemarkte ein Pferd von A. Beide sagen dabei, daß es für C übergeben sein solle. B hegt dennoch den Willen, es für sich zu erwerben. Oder umgekehrt: Es wird vertragsmäßig vereinbart, daß B es erhalten solle, während B es für den C erwerben will. Wir sind berechtigt, hierauf die eben entwickelten allgemeinen Grundsätze über Verträge anzuwenden. Denn daß die Einigung des § 929 nichts anderes als ein Vertrag ist, wird jetzt kaum noch bezweifelt. Für das römische Recht war die Vertragsnatur der Tradition ja allerdings bestritten. Aber ich glaube, daß sie — neben anderen Stellen — vor allem aus c. 4, 50 si quis c. 9 erhellt, wo sich der Ausdruck contractus am Schlusse doch wohl auf die Tradition bezieht. Wenden wir danach nun das Offenheits-Prinzip an, so erhalten wir das Ergebnis, daß im ersten Falle der C, im zweiten der B Eigentümer wird. Indessen können wir uns nicht etwa vom Standpunkte des allgemeinen Grundsatzes aus einer näheren Prüfung dieser Ergebnisse entziehen: um so weniger, als viele Schriftsteller diesen Grundsatz im allgemeinen anerkennen und bloß gerade seine Anwendung auf unsern Fall bestreiten.[1])

Die römischen Quellen gestatten hier eine ergiebigere Benutzung, da die Römer ja gerade bei dem Erwerbe des Besitzes und Eigentums eine unmittelbare Vertretung zuließen. Wir finden hier nun zunächst mehrere Zeugnisse dafür, daß, wer im fremden Auftrage kauft, Besitz und Eigentum zunächst für sich erwirbt und den Auftraggeber erst durch eine zweite Tradition zum Eigentümer macht.[2]) Sodann machen zahlreiche Stellen den Erwerb für den Dritten davon abhängig, daß er nomine eius erfolgt

1) Z. B. Dernburg, Pandekten, Bd. 1, S. 425, 426; vgl. auch Wendt, Pandekten, S. 125.

2) d. 41, 1 de adq. l. 59; d. 45, 1 de verb. obl. l. 135 § 2; 41, 3 de usurp. l. 13 § 2; 41, 4 pro emptore l. 7 § 2; c. 7, 10 de his c. 2; Ihering, a. a. O., S. 325 ff.; vgl. auch d. 41, 2 de acqu. l. 1 § 20 u. Ihering, a. a. O., S. 328.

ist.[1]) Schon oben wurde dargelegt, daß unter diesem Ausdruck nur ein äußerer Hinweis auf den Dritten verstanden werden kann. Diese Deutung scheint mir besonders in d. 41, 1 de acq. rer. dom. l. 13 geboten, wo Neratius sagt:

> Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, adquiritur etiam ignoranti.

Da die Beziehung des Prokurator zum Herrn durch die Angabe des Auftrags schon genügend gekennzeichnet ist, kann sich das meo nomine doch nur auf den Vertragsinhalt der Tradition beziehen. Daher ist es auch durchaus nicht widersinnig, daß der Jurist sagt, die Sache sei meo nomine tradiert. Denn eben weil die Tradition ein Vertrag ist, läßt sich sagen, daß sie — soweit die Rolle des Empfängers in Betracht kommt — im Namen des Dritten erfolge.[2]) Man könnte nun vielleicht einwenden, daß der Jurist mit der offenen Vertretung nur einen häufigen Fall erwähne, nicht aber darin eine Voraussetzung des Fremderwerbes sehe. Dagegen spricht aber entschieden der § 1, wo er bei den Vormündern in gleicher Weise verlangt, daß der Erwerb nomine pupilli pupillae geschehen sei.

§ 8. Von entscheidender Bedeutung sind jedoch vor allem die beiden berühmten Stellen, in denen sich Julian und Ulpian zu widersprechen scheinen:

> Julianus libro quadragensimo quarto digestorum (dig. 41, 1 de adq. l. 37 § 6): Si, cum mihi donare velles, iusserim te servo communi meo et Titii rem tradere isque hac mente acciperet, ut rem Titii faceret, nihil agetur: nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hac mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. quod si servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur.
>
> Ulpianus libro septimo disputationum (dig. 39, 5 de donationibus l. 13): Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit: servus vel sic accepit quasi socio adquisiturus vel sic quasi mihi et socio: quaerebatur quid ageret. et placet, quamvis servus hac mente acceperit, ut socio meo vel mihi et socio adquirat, mihi tamen adquiri: nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi

---

1) d. 41, 1 de adq. l. 13 pr. § 1; 41, 2 de acq. l. 1 § 20; 41, 3 de usurp. l. 47; 47, 2 de furtis l. 43 § 1.

2) Vgl. Puchta, Kleine civilistische Schriften, S. 567; Bremer, Zeitschr. für Civilrecht und -Prozeß, Bd. 20, S. 52 ff.; andrerseits: Ihering, a. a. O., S. 325.

adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.

Die Stellen behandeln je einen Fall des Erwerbs durch einen Sklaven und durch einen Prokurator. Beide stellen den letzteren Erwerb dem durch den Sklaven gleich. Wir sind daher berechtigt, unser Hauptaugenmerk auf den durch den Prokurator vermittelten Erwerb zu richten, der unserem Rechtsleben näher steht. Beide Stellen haben nun folgende Thatumstände gemeinschaftlich:

1) Der Veräußerer will dem Herrn des Prokurators schenken.
2) Er übergiebt die Sache dem Prokurator.
3) Dieser empfängt sie hac mente ut suam faceret.

Die Juristen kommen aber anscheinend zu verschiedenen Ergebnissen; Julian entscheidet: nihil agetur, Ulpian: mihi adquirit. Wie ist das zu vereinigen?

1) Früher wurde vielfach die Ansicht vertreten, daß diese Abweichung nur eine scheinbare sei, daß vielmehr beide Juristen dieselben Fälle übereinstimmend entschieden.[1]) Man verstand das nihil agetur der ersten Stelle in demselben Sinne, wie das nihil agit in sua persona bei Ulpian. Also sollte auch Julian entscheiden, daß der Prokurator das Eigentum dem Herrn erwerbe. Aber das läßt sich mit den Worten Julians nicht vereinigen. Man müßte dann nämlich auch das erste nihil agetur im Sklaven-Beispiel in demselben Sinne verstehen: obwohl der Sklave für den andern Herrn Titius erwerben will, erwirbt er für den ego. Das nihil agetur müßte hier also soviel bedeuten wie in parte alterius domini nihil agetur. Und das ist nicht möglich: denn diese Entscheidung fällt Julian gerade für einen andern Fall — den, wo der Sklave für beide Herren erwerben wollte. Danach will Julian mit dem nihil agetur offenbar in der That sagen, daß gar kein Erwerb stattfinden solle.

2) Es vertreten daher viele die Ansicht, daß zwischen beiden Juristen wirklich ein Widerspruch vorliege.[2]) Sie gehen dann wieder insofern auseinander, als sich manche dem Julian[3]), andre dem Ulpian[4]) anschließen.

---

1) Z. B. Savigny, Recht des Besitzes, S. 306; Vangerow, Pandekten, Bd. 1, § 205.

2) Exner, Rechtserwerb durch Tradition, S. 137 Anm. 39; Bekker, Recht des Besitzes, S. 213; Mitteis, a. a. O., S. 141 Anm. 145; Graf Pininski, Thatbestand des Sachbesitzerwerbes, Bd. 2, S. 544 ff.; Schloßmann, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 8, S. 451; Bd. 9, S. 332 ff.; Brinz, Pandekten, Bd. 1, S. 521; Dernburg, Pandekten, Bd. 1, S. 426 Anm. 14.

3) Exner, a. a. O.

4) Schloßmann, Grünhuts Zeitschr., Bd. 8, S. 451; Dernburg, a. a. O.

Schloßmann, der zu den letzteren gehört, nimmt außerdem an, daß sich beide Stellen nur auf Erwerb durch Schenkungen bezögen.[1]) An anderer Stelle[2]) will er die Anwendung dieser Ausnahme-Vorschriften auch auf Zahlungen ausdehnen — wobei freilich auffallend ist, daß danach für die Regel nur noch ein ganz kleines Anwendungs-Gebiet bleiben würde.

Jede Annahme eines Widerspruchs zwischen den Stellen scheint mir jedoch unannehmbar. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß Ulpian die Äußerung Julians vor Augen gehabt hat. Er behandelt grade wie dieser den Fall von dem Sklaven, der dem Titius und dem ego gemeinsam ist und für diesen erwerben soll, aber für jenen erwerben will. Daneben geht er gleichfalls auf den Fall ein, wo der Sklave für beide gemeinsam erwerben will. Und endlich schließt er daran das Beispiel von dem Prokurator an — alles genau in derselben Weise wie Julian. Eine solche Ähnlichkeit kann man unmöglich für einen Zufall erklären wollen. War dem Ulpian nun aber die Entscheidung Julians bekannt, so wäre es höchst auffällig, wenn er anders entschieden hätte, ohne den großen Gegner zu erwähnen. Das widerspricht so sehr der Gepflogenheit der römischen Juristen, daß man es mindestens als sehr unwahrscheinlich bezeichnen muß. Daneben kommt, wennschon in weit geringerem Maße, in Betracht, daß auch die Kompilatoren den Widerspruch hätten bemerken und beseitigen müssen. Endlich aber giebt den Ausschlag der Umstand, daß Julian und Ulpian an andrer Stelle (d. 14, 6 de S. C. Mac. l. 9 § 1; s. unten S. 25) einen ganz ähnlichen Fall übereinstimmend entscheiden.

3) Es bleibt demnach nur noch übrig, die Stellen in dem Sinne zu vereinigen, daß sie einen verschiedenen Thatbestand behandeln. Eine weit verbreitete, zuerst von Donellus begründete Ansicht[3]) sucht die thatsächliche Verschiedenheit in dem Verhalten des Empfängers. Im Falle des Julian soll der Prokurator seinen abweichenden inneren Willen kundgegeben, im Falle des Ulpian verschwiegen haben. Dagegen spricht zunächst, daß der Wortlaut der Stellen gar keinen Anhalt für eine solche Unterscheidung giebt.[4]) Im Gegenteile findet sich in beiden Stellen derselbe Ausdruck hac mente. Aber auch sachliche Gründe lassen sich gegen diese Erklärung geltend machen.

---

1) Schloßmann, Grünhuts Zeitschr., Bd. 8, S. 451; Dernburg, a. a. O.

2) Grünhuts Zeitschr., Bd. 9, S. 335 ff.; vgl. auch Randa, Besitz, S. 571 Anm. 27; Zoll, Grünh. Zeitschr., Bd. 9, S. 38; Seuff. Archiv, Bd. 5, Nr. 253; Bd. 49, Nr. 235.

3) Donellus V, 10 § 6; Bremer, Zeitschrift für Civilrecht und -Prozeß, N. F., Bd. 11, S. 249 ff.; Windscheid, Pandekten, Bd. 1, S. 448 Anm. 7 und citierte; Bd. 1, S. 515 Anm. 13.

4) Mitteis, a. a. O., S. 141 Anm. 145.

Dabei ist vorweg zu fragen, wie denn das Kundgeben des Willens bei Julian verstanden werden solle. Ist notwendig, daß er gegenüber dem Veräußerer hervorgetreten sei oder genügt eine Erklärung andern Personen gegenüber? Einige stellen sich ausdrücklich auf den letzteren Standpunkt.[1]) Dabei ist aber denn doch schwer zu glauben, daß eine Erklärung gegenüber einer ganz unbeteiligten Person Einfluß auf den Inhalt der Übertragung haben soll.[2]) Daher wollen auch die meisten Gegner[3]) anscheinend nur auf den Willen Gewicht legen, der dem Veräußerer gegenüber geäußert ist. Nach ihnen behandelt Julian also den Fall, daß bei der Übertragung ein Widerspruch zwischen dem Veräußerer und dem Empfänger offen zu Tage tritt. Aber ein solcher Fall kann überhaupt gar nicht vorkommen.[4]) Es wird nun zwar auf solche Fälle verwiesen, wo jede Partei bei der Übergabe auf ihrem Willen beharrt. Der Empfänger bleibt dabei, daß er die Sache für sich selbst annehme; der Veräußerer ruft ihm nach, er wolle doch sehen, ob jener die Unverfrorenheit haben werde, sie zu behalten.[5]) Aber auch hier liegt m. E. nicht ein einfacher Widerspruch zweier gleichberechtigter Erklärungen vor. Neben den ausdrücklichen Vertrags-Erklärungen der Parteien kommen auch die stillschweigenden in Betracht. Sehr häufig wird die Zustimmung zu dem vom Gegner ausgesprochenen Vertrags-Inhalt auf diese Weise erklärt. So kann sich auch bei der Eigentums-Übertragung jeder Vertragsgenosse die Erklärung des Gegners stillschweigend aneignen.[6]) Dies thut der Veräußerer, wenn er die Sache übergiebt, obwohl der andere für sich zu empfangen erklärt hat. Ebenso thut es der Empfänger, wenn er die Sache unter der vom Gegner getroffenen Bestimmung ohne weiteres annimmt. Wie ist es nun, wenn beide einander widersprechen? Auch hier muß man auf die allgemeinen Vertragsregeln zurückgehen. Danach ist beim Widerspruch von Erklärungen entweder anzunehmen, daß eine Einigung nicht zu stande gekommen ist; diese Annahme ist in unserem Falle ausgeschlossen, weil eben in der Übergabe die Erklärung des vollendeten Abschlusses liegt. Oder es entscheidet die Erklärung dessen, der das letzte Wort behält. Gehen die Verhandlungen vorher, so liegt eben

1) Hauser, Stellvertretung im Besitze, S. 19 ff.; vgl. Pininski, a. a. O., S. 545.

2) S. unten S. 44.

3) Vgl. z. B. Goldschmidt, Handelsrecht, Bd. I, S. 614.

4) Exner, a. a. O., S. 136 ff.; Hauser, a. a. O., S. 20 und Anm. 3; Pininski, a. a. O., S. 545.

5) Mitteis, a. a. O., S. 140 Anm. 145.

6) Windscheid, a. a. O., Bd. I, S. 448, 515; v. Scheurl, Zur Lehre vom römischen Besitzrecht (weitere Beiträge Heft 4), S. 127 ff.; vgl. Hauser, a. a. O., S. 20.

in der Übergabe die letzte Erklärung. In ihr bethätigt der Veräußerer seinen Willen, sofern er dabei beharrt. Nicht aber kann man auch die Annahme der Sache in dem Sinne verstehen, daß der Empfänger damit seinen Willen aufrecht erhalte. Denn er nimmt dadurch zugleich ein Opfer des Gegners an: die Aufgabe des Besitzes. Durch die Annahme unterwirft er sich der Absicht, die dieser mit dem Opfer verfolgte. Ebenso muß es zu beurteilen sein, wenn die Parteien über einen Abrechnungs-Vertrag verhandeln und noch streiten. Dann giebt der eine dem andern einen Wechsel — dessen Forderung mit zu den fraglichen Ansprüchen gehört — und dieser zerreißt ihn. Er nimmt dadurch den Vertrag an. Bedeutungslos muß es dabei sein, wenn der Empfänger sich gegen diese Auslegung verwahrt. Denn seine Worte sind unvereinbar mit seiner That; sie enthalten eine protestatio facto contraria. Wollte er auf seiner Meinung beharren, so mußte er die Übergabe zurückweisen. — Nicht anders sind auch die Fälle zu beurteilen, wo der Streit erst nach der Übergabe der Sache beginnt. Allerdings muß man regelmäßig ja alles mit in Betracht ziehen, was die Parteien noch im Verlaufe der Verhandlungen reden. Aber gegenüber der vorbehaltlosen Annahme ist der nachträgliche Widerspruch auch hier bedeutungslos. Der Empfänger muß erst den Besitz zurückerstatten und so das Opfer des Gegners rückgängig machen, wenn er seinen abweichenden Willen durchsetzen will. In allen diesen Fällen liegt also gar nicht ein Widerspruch zweier Erklärungen vor, sondern ein Nachgeben des Empfängers: und der Fall, den die Gegner in l. 37 § 6 cit. sehen wollen, ist in Wahrheit gar nicht möglich.

Endlich würde die Entscheidung, die die Gegner ihm geben, aber auch eine große Unbilligkeit für den Veräußerer enthalten. Er hat danach zwar nicht das Eigentum, wohl aber den Besitz der Sache weggegeben, also ein Opfer gebracht, durch das er nichts erreicht. Denn die Schuld des Zahlenden ist durch eine solche Übergabe nicht getilgt.[1]) Der Vertreter geht ruhig mit der Sache davon und der Veräußerer muß schweigend zusehen und versuchen, ob er mit seiner Eigentumsklage nicht zu spät kommt. Wollte man aber umgekehrt annehmen, daß die Übergabe doch die Schuld getilgt habe, so ist wieder der Vertretene unbillig geschädigt. Er verliert seine Forderung und erhält nicht das Eigentum. Und dabei ist er eigentlich der einzige, der an der ganzen Verwirrung immer ganz unschuldig ist.

4) In einer andern thatsächlichen Verschiedenheit sucht Lenel (a. a. O. S. 65 Anm. 2) die Erklärung unserer Stellen. Ulpians Ausspruch soll

1) Pininski, a. a. O., Bd. 2, S. 230 Anm. 1.

sich nur auf den Fall beziehen, wo der Empfänger eigenmächtig für einen andern erwerben will, nicht aber auf einen Fall des Irrtums. Indessen ist gerade das Merkmal, das er als entscheidend ansieht, die Eigenmacht, in der Stelle nicht erwähnt und schwerlich ohne weiteres zu ergänzen. So verhält sich denn auch Lenel selbst zweifelnd gegenüber seiner eignen Erklärung.

Und doch glaube ich, daß sie der Lösung in der That schon nahe kommt. Von Interesse ist sie nämlich besonders in der Richtung, daß sie zur Aufklärung des Thatbestandes auch den Eingang der Stellen mit verwertet. Aus ihm erhellt ziemlich deutlich, daß es sich um verschiedene Fälle handelt und worin ihre Verschiedenheit beruht.[1]) Wir sahen den gemeinsamen Sachverhalt beider Stellen darin, daß der Veräußerer und der Empfänger über die Person des Erwerbers uneins sind. Diese Uneinigkeit kann nun in doppelter Weise vorkommen. Entweder so, daß der eine seinen Willen erklärt und der andere fälschlich zustimmt — ein Fall der Abweichung des inneren Willens von der Erklärung (§§ 116, 119 B.G.B.). Oder in der Weise, daß jeder seinen Willen erklärt, weil er irrig glaubt, daß der Gegner einverstanden sei — ein Fall der mangelnden Vertrags-Einigung. Den ersten Fall hat Ulpian, den zweiten Julian im Auge. Ulpian denkt an einen Thatbestand, wobei der Mittler der erklärten Tradition an den Herrn zustimmt, daneben aber — sei es nun aus Eigenmacht oder Irrtum — für sich erwerben will. Hier entscheidet die Erklärung und nicht der geheime innere Wille. Julian dagegen setzt eine Uneinigkeit der Parteien voraus, die ihnen selbst unbemerkt geblieben ist. Eine solche wird bei der Übertragung regelmäßig nicht vorkommen können. Denn jede Partei eignet sich die Erklärungen des Gegners an, wenn sie daraufhin die Übergabe oder Annahme vollzieht. Eine derartige Uneinigkeit ist also nur dann denkbar, wenn keiner von beiden etwas über die Richtung der Tradition hat verlauten lassen. Nun werden aber die Parteien nur selten versäumen, etwas über den Erwerbsgrund und damit über die Person des Erwerbers zu äußern. Denken wir uns, daß ein Kaufmann einem benachbarten Gutsbesitzer eine Peitsche schenken und dessen Kutscher mitgeben will. Es ist wohl so gut wie undenkbar, daß er sie aushändigt, ohne dabei etwas zu sagen. Dieser Fall würde nicht zu den wirklichen Lebensbeispielen gehören, von denen die römischen Juristen immer ausgehen. Nur dann ist ein solches Verhalten möglich, wenn der Veräußerer voraussetzen kann, daß der Kutscher schon weiß, worum es sich handelt. Er hat vielleicht am Tage vorher in der Wirtschaft dem Guts-

1) Vgl. zum folgenden Schcurl, a. a. O., S. 128 und Lenel, a. a. O.

besitzer gesagt, er wolle ihm eine Peitsche überlassen. Der Gutsbesitzer hat bestens gedankt und gebeten, sie am nächsten Tage seinem Kutscher mitzugeben. An diesem Tage kommt der Kutscher auch vorbei; der Kaufmann, der ihn für unterrichtet halten muß, giebt ihm das Geschenk etwa mit der Frage, ob er die Peitsche wohl gleich mitnehmen wolle; er müsse sie verschenken, weil sie nicht mehr ganz neu und deshalb nicht mehr verkäuflich sei. Der Kutscher ist nun aber aus Versehen nicht unterrichtet worden. Er nimmt das Geschenk, das er für sich bestimmt glaubt, gern an. Es liegt von keiner Seite eine Erklärung über die Person des Erwerbers vor, weder eine ausdrückliche, noch eine, die stillschweigend aus der Nennung des Erwerbsgrundes zu entnehmen wäre.

Man sieht, wie dieser Vorgang ziemlich genau bei Julian beschrieben ist. Die ganze erhebliche Vorgeschichte ist dargestellt in den Worten: si cum mihi donare velles, iusserim te servo . . . rem tradere. Hiervon findet sich bei Ulpian nichts. Eine vorhergehende Verhandlung ist nicht erwähnt und nicht vorauszusetzen.[1]) Denn die Worte qui mihi donatum volebat deuten sicherlich nicht auf eine solche. Hier mußte der Veräußerer also die Richtung der Tradition kundgeben — und seiner Erklärung hat der Empfänger durch die Annahme zugestimmt.

Die thatsächliche Verschiedenheit beider Stellen beruht danach nicht auf dem Verhalten des Empfängers — wie die Erklärung des Donellus will — sondern auf dem des Veräußerers. Dieser Verschiedenheit entsprechen auch vollkommen die verschiedenen Wirkungen. Bei Julian ist die Veräußerung nichtig — wie jeder Vertrag, der der erforderlichen Einigung entbehrt. Bei Ulpian ist sie gültig und nach dem Inhalte der Erklärung wirksam. Auffallend könnte es nur erscheinen, weshalb nicht für den Fall des Irrtums eine Ausnahme gemacht ist. Aber das erklärt sich wohl daraus, daß der Empfänger an dieser Geltendmachung des Irrtums gar kein Interesse haben würde. Auch nicht in dem Falle, wo er für sich erwerben wollte. Denn durch die Berufung auf den Irrtum könnte er ja doch nicht mehr erreichen, als daß das Eigentum wieder an den Veräußerer zurückfällt. Dann käme es aber auch niemals an ihn, da dieser ihm ja nichts schenken will.

Wir gewinnen sonach als Ergebnis für die Fälle der Willens-Abweichung:

1) Aus der Ulpianschen Stelle: Erklärt der Veräußerer, an den Dritten übertragen zu wollen, so erwirbt dieser. Oder allgemeiner: Die offen hervor-

---

1) A. M. Schloßmann, Grünh. Zeitschr., Bd. 8, S. 435 ff.

tretende Richtung der Veräußerung ist maßgebend. Auf den abweichenden inneren Willen kommt es nicht an.

2) Aus dem Ausspruch Julians: Fehlt es an einer offenen Übereinstimmung, d. h. erhellt im Vertrage weder ausdrücklich noch stillschweigend etwas über den Erwerber, so geht das Eigentum überhaupt nicht über.

Dies Ergebnis ist also nichts anderes als eine Rückkehr zum Ausgangspunkte: die Offenheit ist auch bei dem Übertragungs-Vertrage allein maßgebend.

§ 9. Wie schon erwähnt, kann die Erklärung bei diesem Vertrage auch eine stillschweigende sein. Ein Beispiel dafür enthält ein anderer Ausspruch des Ulpian (d. 14, 6 de S. C. Mac. l. 9 § 1):

> Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? et ait Julianus, si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere.

Es wird die Frage aufgeworfen, ob das Geld, das durch die Hand des Haussohns gegangen ist, vom Vater zurückgefordert werden kann. Entscheidend ist dafür, ob es von dem Schenker in das Eigentum des Sohnes oder aber des Gläubigers übertragen worden ist (videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis). Für die Eigentumsfrage ist nun wieder die vom Schenker beigefügte Bedingung maßgebend, wonach das Geld unmittelbar zur Bezahlung der Schuld verwendet werden soll. Aus dieser Bedingung entnimmt Julian — etwas kühn — die Auslegung, daß die Übertragung sofort an den Gläubiger erfolgt sei. Deshalb ist der Sohn überhaupt gar nicht Eigentümer gewesen und der Rückforderungs-Anspruch des Vaters ausgeschlossen. Maßgebend ist also der Vertragsinhalt der Tradition. Mitteis (a. a. O. S. 148 Anm. 155) meint freilich, daß Julian den innern Willen des Sohnes auslege und auf diesem Wege zu seiner Entscheidung gelange. Aber dieser Wille wird in der Stelle überhaupt gar nicht erwähnt. Und es sollte doch auch gewiß nichts ausmachen, wenn er die umgekehrte Richtung genommen hätte.

Es kommt also auf den Gesamt-Inhalt des Vertrags an. Nach ihm ist zu beurteilen, wer als Erwerber erscheint. Es ist nicht erforderlich, daß der Dritte immer ausdrücklich genannt wird[1]); ja vielfach wird der

1) § 164 II B.G.B.; Seufferts Archiv, Bd. 26, Nr. 8, 63; Bd. 27, Nr. 125;

Veräußerer, der an den Herrn des Mittlers überträgt, gar nicht wissen, wer dieser ist.[1]) Anderseits ist es auch durchaus nicht immer genügend, daß der Dritte beim Geschäftsschlusse als Auftraggeber bezeichnet wird. In dieser Angabe wird oft nur die rechtlich bedeutungslose Mitteilung des Beweggrundes zu sehen sein.[1]) So wenn der Käufer eines gebrauchten Klaviers erzählt, sein Bruder habe ihn schon vor längerer Zeit gebeten, ihm bei Gelegenheit ein solches Instrument zu besorgen. Es ist eben Frage der Vertrags-Auslegung, wann anzunehmen ist, daß der Dritte im Vertrage als Erwerber bezeichnet sei.

Der abweichende innere Wille einer Partei vermag die Übertragung nicht von dem Ziele abzulenken, das in der Erklärung bezeichnet ist. Wie die beiden oben (S. 17) erwähnten Fälle zeigen, ist eine Abweichung des Willens in doppelter Richtung möglich. Im einen will der Empfänger B für sich erwerben, obwohl die Übertragung an C erklärt ist. Nach d. 39, 5 l. 13 erwirbt er das Eigentum dem C: er ist also Vertreter wider Willen. Dabei hat es dann sein Bewenden, wenn er in Kenntnis des Zwiespaltes, also mit geheimem Vorbehalt gehandelt hat: sei es nun, daß er eine betrügerische Absicht gehegt oder auch etwa nur geglaubt hat, auf den Namen des Dritten billiger zu erwerben.[2]) Ist er dagegen im Irrtum befangen gewesen, so ist er nach § 119 berechtigt, seine Erklärung anzufechten. Meist wird die Anfechtung allerdings deswegen versagen, weil er daran kein Interesse hat. Sie wird nur dann nötig sein, wenn es gilt, die Gläubiger des C abzuwehren, die sich an die Sache halten wollen. Er kann dann durch seine Anfechtung die Übertragung entkräften. Indessen wird er dadurch nicht schon selbst Eigentümer. Denn die Anfechtung kann nur negativ wirken und die Folgen der irrtümlichen Erklärung beseitigen. Er muß sich das Eigentum daher erst vom Veräußerer übertragen lassen — wenn er die Sache schon besitzt, nach § 929² B.G.B.

In dem andern Falle nimmt der Mittler die Sache in seinem eignen Namen an, während er sie für den Dritten erwerben will. Hier wird er Erwerber wider Willen. Ein Unterschied vom vorigen Falle liegt aber darin, daß eine Anfechtung hier überhaupt ausgeschlossen ist: nämlich durch die Vorschrift des § 164 II, wonach der Mangel des Willens, im eignen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommt.

Gegen beide Entscheidungen wird nun für das römische Recht ein-

---

Bd. 32, Nr. 10; Bd. 33, Nr. 126, 284; Bd. 43, Nr. 260; Ihering, Jahrb., Bd. 1, S. 330.

1) Ihering, a. a. O.

2) A. M. Lenel, a. a. O., S. 73.

gewendet werden, daß der Wille des Mittlers ja doch mindestens dem Besitzerwerb seine Richtung gebe. Der Mittler könne nicht für den Herrn Besitz erwerben, wenn er für sich besitzen wolle, und umgekehrt nicht für sich, wenn ihm der Wille zum Eigenbesitze fehle. Schon daraus ergebe sich also die Erheblichkeit des vom Mittler gehegten inneren Willens auch für den Eigentumserwerb. — Wie man nun aber auch für das römische Recht über die Bedeutung des inneren Besitzwillens und über die Streitfrage nach der Beschaffenheit des animus denken möge: keinenfalls ist sicher, ob die Römer nicht wenigstens doch bei der Tradition an Vertreter eine Ausnahme gemacht haben. Allerdings mußten sie ja auch hier vom Besitzerwerb ausgehen, weil ihnen die unmittelbare Vertretung eben im allgemeinen fremd war. Darum ist es aber doch möglich, daß sie trotzdem dem Inhalte der Übertragung auch umgekehrt einen gewissen Einfluß auf die Besitzfrage einräumten, soweit es das praktische Bedürfnis erforderte. So konnten sie wohl dazu gelangen, den inneren Willen grade bei der Tradition hinter dem Vertragsinhalt zurücktreten zu lassen. Daß dieser mögliche Erfolg nun auch in der That römisches Recht gewesen ist, erhellt m. E. ganz klar aus dem Ausspruch Ulpians (d. 39, 5 l. 13): si . . . (procurator) quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit.

Man könnte sich dagegen etwa auf eine Stelle von Paulus (d. 41, 2 de acqu. vel am. poss. l. 1 § 20)[1]) berufen, welche lautet:

> Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis adquiritur. cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam dumtaxat suam accommodarent, nobis non possunt adquirere. alioquin si dicamus per eos non adquiri nobis possessionem, qui nostro nomine accipiunt, futurum, ut neque is possideat cui res tradita sit, quia non habeat animum possidentis, neque is qui tradiderit, quoniam cesserit possessione.

Daraus könnte man folgern, daß der innere Wille beim Besitz- und Eigentums-Erwerb allein maßgebend sei. Im zweiten Satze sei gesagt, daß der Mittler nicht für den Dritten erwerben könne, wenn er es für sich wolle — suo nominem nacti fuerint possessionem — und im dritten Satze, daß er nicht für sich erwerben könne, wenn er es für jenen wolle — quia non habeat animum possidentis. Aber es ist zunächst zu beachten, daß der zweite und dritte Satz durchaus nicht einen zusammen-

---

1) Vgl. hierzu auch Ihering, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 1, S. 328; Besitzwille, S. 294 ff.; Lenel, a. a. O., S. 45.

hängenden Gedanken behandeln. Paulus beginnt damit, daß er die Möglichkeit einer Vertretung im Besitzerwerbe ausspricht (Satz 1). Sodann unternimmt er es im dritten Satz, die Zulässigkeit der Vertretung zu rechtfertigen. Er kehrt damit also gewissermaßen wieder zu dem ersten Satze zurück. Der dazwischen stehende zweite Satz, der von den Voraussetzungen der Vertretung handelt, muß danach gesondert betrachtet werden. Nach ihm soll die Vertretung ausgeschlossen sein, wenn die Mittler suo nomine, non cum ea mente, ut ... accomodarent, gehandelt haben. Von diesen Ausdrücken deutet der eine auf eine Erklärung, der andere auf den inneren Willen. Daher ist wohl die Annahme berechtigt, daß Paulus wenigstens hier an den Gegensatz von innerem und erklärtem Willen überhaupt nicht gedacht hat, vielmehr von dem Regelfalle ausgegangen ist, wo beide zusammenfallen. Jedenfalls aber zeigt die erwähnte Entscheidung Ulpians (d. 39, 5 l. 13), daß die Römer bei der Tradition einen Fremderwerb unter Umständen auch ohne den entsprechenden Willen des Mittlers eintreten ließen.

Betrachten wir sodann den Satz 3, der sich an den ersten anschließt. Um die Besitzvertretung zu rechtfertigen, weist Paulus auf die Folgen hin, die eintreten würden, wenn weder der Dritte noch auch der Mittler Besitzer würde. Daraus folgt aber noch nichts für die Hauptfrage, wann dieser Mißstand denn nun eintrete; wann also der Mittler nicht selbst Besitzer sein könne. Auch hier finden sich zwei Ausdrücke — nostro nomine, animum possidentis — die teils auf den erklärten, teils auf den inneren Willen deuten. Auch hier, möchte ich danach glauben, lag dem Paulus dieser Gegensatz ganz fern. Er mußte ja doch auch zunächst den Regelfall ins Auge fassen, wenn er die praktische Notwendigkeit der Vertretung beweisen wollte. Paulus mag ja vielleicht im allgemeinen angenommen haben, daß der Besitzerwerb den inneren Willen erfordere. Das er dies aber auch grade hier für den Traditionserwerb ausgesprochen habe, das scheint mir durchaus nicht gewiß. Um so weniger, als wir auch hier einen entgegenstehenden Ausspruch haben (c. 4, 50 si quis c. 6 § 3). Es hat jemand einen Kauf auf den Namen seiner Frau abgeschlossen: das Geschäft ist nichtig. Auf Grund der Übertragung wird jedoch der Ehemann Eigentümer: in dominii quaestione ille potior habetur, cui possessio tradita est. Dieser Ehemann hat nun nicht den Willen, für sich zu kaufen — empti actionem ... nec tibi adquisisti, dum tibi non vis — also doch auch nicht den Willen, selbst Besitz und Eigentum zu erwerben. Daraus erhellt mindestens soviel, daß die Römer — auch wenn sie beim Besitzerwerb regelmäßig auf den inneren Willen allein gesehen haben — doch

im Falle einer Tradition dem Inhalt des Vertrages einen Einfluß auf die Rechtswirkungen beigelegt haben.

Aber selbst wenn dem auch nicht so wäre, so würde doch jedenfalls das neue bürgerliche Recht hier eine Änderung gebracht haben. Nur das eigenartige Vertretungsrecht der Römer konnte sie veranlassen, den Eigentumserwerb nach den Grundsätzen des Besitzerwerbs zu behandeln, und nur ihr eigenartiges Besitzrecht, dem inneren Willen eine solche Bedeutung beizumessen. Beides ist im bürgerlichen Rechte geändert. Es kennt eine selbständige Vertretung auch im Eigentumserwerb, und es hat die Bedeutung des Besitzwillens erheblich vermindert (unten §§ 26 ff.). Zudem giebt ja der § 164 II selbst ganz deutlich zu erkennen, daß die Selbstwirkung des Geschäftes hier von dem Willen völlig unabhängig sein soll.

§ 10. Diese Reglung ist endlich auch praktisch gerechtfertigt. Für sie sprechen im wesentlichen dieselben Gründe, die wir oben für das Offenheits-Prinzip überhaupt geltend gemacht haben. Es wird nun freilich vielfach behauptet, daß der Vertragsgenosse — der Veräußerer — hier ausnahmsweise nie ein Interesse an der Person des Gegners habe. Und in der That ist anzuerkennen, daß ein solches Interesse hier seltener vorhanden ist, als bei andern Verträgen. Es ist aber darum doch nicht durchweg ausgeschlossen. Natürlich ergiebt es sich nicht aus dem abstrakten Übertragungsvertrage selbst, wohl aber aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse. Man überträgt bekanntlich das Eigentum an Sachen nicht bloß um seine Geschäftsfähigkeit zu bethätigen, sondern immer nur zu einem bestimmten Zwecke. Es sind drei Arten solcher Zwecke zu unterscheiden: der Zweck der Schenkung — causa donandi, — der Schuldtilgung — causa solvendi — und der Begründung eines Anspruchs — causa obligandi, wie man allgemeiner sagen muß, um neben dem credere auch die Hingabe condicionis implendae causa zu umfassen. Der wichtigste von diesen Zwecken ist offenbar der der Schuldtilgung. Dabei hat der Veräußerer denn allerdings regelmäßig nur ein Interesse daran, seine Schuld zu erfüllen. Dieser Zweck kann unter Umständen auch durch Übertragung an den Mittler erreicht werden, und dann wird es dem Schuldner meist gleichgültig sein, wer das Eigentum erwirbt. Aber er kann doch auch hieran interessiert sein, insofern er zugleich einen Anspruch gegen den Empfänger hat und die übertragene Sache als Vollstreckungs-Objekt verwerten möchte. A verkauft und übergiebt dem Landwirt B eine Maschine. Er gedenkt sich an dies Vermögensstück zu halten, wenn er nicht bezahlt werden sollte. Diese Aussicht darf ihm nicht dadurch vereitelt werden, daß der B das Eigentum durch seinen verborgenen Willen einem Dritten C erwirbt. Gegen diese Auffassung, die zuerst

Jhering [1]) verteidigt hat, ist nun allerdings nicht ohne Grund von Bremer [2]) eingewendet worden, daß der Veräußerer den Erwerber ja doch nicht an einer Weiterveräußerung verhindern könne und also auch durch die Jheringsche Ansicht nicht geschützt werde. Dieser Einwand hatte vom Standpunkte des damaligen Rechtes in der That seine Berechtigung. Indessen hat das reichsgesetzliche Anfechtungsrecht der Gläubiger hier eine Änderung mit sich gebracht. Wenn man nämlich sagt, daß der Erwerber die Sache jederzeit wieder veräußern könne, so ist das nur für unentgeltliche Veräußerungen allgemein richtig. Denn die erworbene Sache sogleich wieder zum angemessenen Preise zu verkaufen, ist besonders dann oft unmöglich, wenn sie einen erheblichen Wert hat. Und dann wird der Gläubiger meist die Preisforderung statt der Sache verwerten können. Anderseits steht es dem Erwerber allerdings immer frei, die Sache zu verschenken oder zu verschleudern. Aber dagegen können sich seine Gläubiger auch außerhalb des Konkurses durch Anfechtung wehren (Anfechtungsgesetz neue Fassung § 3 ²—⁴). Diese Vorschriften unterwerfen der Anfechtung alle unentgeltlichen Verfügungen binnen bestimmter Zeit; daneben aber auch entgeltliche Verträge mit nahen Angehörigen, wenn sie die Gläubiger schädigen und der Angehörige nicht seine Unkenntnis einer Verkürzungsabsicht nachweist. Da nun dieser Gegenbeweis nur ganz selten gelingen wird und auch ein Verschleudern der Sache nur zu Gunsten solcher Verwandten vorkommt, so besteht nach Reichsrecht in der That eine Art Sperre — in dem Sinne, daß das Eigentum des Schuldners dem Gläubiger in vielen Fällen eine gesicherte Anwartschaft auf die Verwertung der Sache giebt.

Insofern kann der Veräußerer auch bei der Leistung behufs Schuldtilgung ein Interesse an der Person des Erwerbers haben. Dasselbe ist auch in den anderen Fällen der Veräußerung vorhanden. Auch bei der Schenkung kann der Veräußerer zugleich Gläubiger des Empfängers sein, etwa wegen der Ansprüche aus Nichterfüllung einer Auflage (§ 527) — bei der Veräußerung behufs Schuldbegründung wird er es sogar immer. Mithin muß ihm auch hier oft daran gelegen sein, die Sache dem Zugriffe seiner Vollstreckung zu erhalten. Daneben kommen hier aber auch noch andere Interessen in Betracht. Bei den Realverträgen ist — wenn auch heute nur im Sinne der Vertrags-Auslegung — zu erfordern, daß das Eigentum wirklich dem zu Verpflichtenden zugewendet wird.[3]) Bei der

---

1) Jahrbücher f. Dogmatik, Bd. 1, S. 332; vgl. auch Exner, a. a. O., S. 279 ff.; Schloßmann in Grünh. Zeitschr., Bd. 9, S. 335 ff.; Planck, a. a. O., S. 212.

2) Zeitschrift für Civilrecht und -Prozeß, Bd. 11, S. 249 ff.

3) Pininski, a. a. O., S. 449; dagegen Litten, Dissens über die Person des Empfängers (Hallenser Inaug.-Diss. 1895), S. 47 ff.

Schenkung kommt es häufig vor, daß der Veräußerer nur gerade dem Empfänger das Eigentum zuwenden will und eine Weiter-Veräußerung ausdrücklich untersagt.[1]) Es wäre doch höchst eigenartig, wenn der Beschenkte schon in demselben Augenblick, in dem er das verspricht, das Eigentum einem Dritten verschaffen und so seine Zusage brechen könnte.

Es erhellt hieraus, daß der Veräußerer doch auch an der Person des Erwerbers interessiert sein kann. Dies Interesse darf nicht ganz schutzlos bleiben. Vielmehr muß ihm freistehen, es durch vertragsmäßige Bestimmung zu sichern. Auch hier entspricht es den Interessen der Parteien am meisten, daß man ihnen die Reglung überläßt. Die Billigkeit wird auch hier am besten durch die Vertragsfreiheit gesichert.

C. Die ergänzende Auslegungsregel.

§ 11. Wir gewannen bisher die Regel, daß auch bei der Übertragung in erster Linie die Vertragsbestimmungen entscheiden. Sie bildet meines Erachtens die notwendige Grundlage für die ganze Lehre. Aber für die praktische Anwendung ist mit ihr allein noch nicht viel gewonnen. Wenn wir sahen, daß die vertragsmäßigen Erklärungen der Parteien entscheiden, so mußte dabei immer vorausgesetzt werden, daß es sich um wirklich bedeutsame, rechtsgeschäftlich erhebliche Erklärungen handle. Und das trifft gerade bei der Übertragung meist nicht zu. Denn wenn der Veräußerer auch ein Interesse an der Person des Erwerbers haben *kann*, so wird sie ihm doch regelmäßig gleichgültig sein.[2]) Und das ist für die *Auslegung* seiner Erklärungen entschieden von Bedeutung. Es rechtfertigt den Schluß, daß er meist keine rechtserheblichen Erklärungen über diesen Punkt abgeben wird. Hat er also auch gesagt, wer Eigentümer werden solle, so wird das gewöhnlich doch nicht als verbindliche Vertragsbestimmung aufzufassen sein.[3]) Dazu wird man vielmehr noch besondere Merkmale erfordern müssen, aus denen die verpflichtende Bedeutung der Erklärung hervorgeht. Wenn der Veräußerer etwa ausdrücklich betont, daß er nur an den Mittler übertragen wolle, so muß diese Bestimmung beachtet werden. Ebenso ist es, wenn im Geschäfte anderweit aus der Sachlage erhellt, daß der Veräußerer an der Person des Erwerbers ein Interesse hat. Nicht als ob es das objektive Interesse wäre, das den Erwerb beeinflußte. Denn ein solches Forschen nach den einseitigen

---

1) Schloßmann, Grünh. Zeitschr., Bd. 8, S. 446 ff.; Hauser, a. a. O., S. 18 Anm. 18; Pininski, a. a. O., S. 550 Anm.; Mitteis, a. a. O., S. 140 Anm. 144.

2) Bremer, Zeitschr. f. Civilrecht und -Prozeß, Bd. 20, S. 65 ff., 73 ff.; Pininski, a. a. O., S. 547 ff.; Lenel, a. a. O., S. 73, aber auch S. 58 ff.

3) Schloßmann, Grünh. Zeitschr., Bd. 8, S. 447, 448.

verborgenen Parteiinteressen würde meines Erachtens den Grundsätzen der Vertrags-Auslegung widersprechen und meist auch ein vergebliches Unternehmen sein. Vielmehr sind einerseits nur diejenigen Interessen in Betracht zu ziehen, die im Geschäfte offen daliegen, anderseits aber dabei auch die bloß subjektiven Wünsche des Veräußerers. Denn es handelt sich ja eben nur um die Frage, wie seine Erklärung auszulegen sei. — Ein Beispiel für eine solche stillschweigende und zugleich verbindliche Erklärung enthält die besprochene Stelle von Ulpian (d. 39, 5 l. 13). Hier hat der Schenker ersichtlich ein Interesse daran, daß der ego erwirbt und nicht ein anderer, dem weder er noch der ego die Sache zuwenden will. Daher ist seine Bestimmung auch für die Richtung der Tradition maßgebend.

In der Regel aber wird die Auslegung dahin führen, daß die Äußerungen, die der Tradent etwa hat fallen lassen, nicht als verbindlicher Vertragsinhalt aufzufassen sind. Das Gleiche gilt natürlich auch von den meisten seiner stillschweigenden Erklärungen und ebenso von der Einigung, die sich auf die Übereinstimmung des inneren Willens beider Parteien gründet. Denn auch hier ergiebt sich aus dem vorigen wieder die Einschränkung, daß der Wille ein rechtsgeschäftlich erheblicher sein muß. Sonst kann er nicht mehr Kraft haben als die — vom Willen getragene — ausdrückliche Willenserklärung. Danach fehlt es uns also immer noch an einer Handhabe zur Entscheidung der häufigsten Fälle, wo die Parteien über die Person des Erwerbers weder durch Erklärung noch durch stille Übereinstimmung etwas vereinbart haben.

Wir müssen daher weiter fragen: woraus ergiebt sich im Zweifel der Sinn des Traditions-Vertrages? Er selbst enthält nur die Erklärung der dinglichen Rechtsänderung. Aber daneben ist doch fast immer auch der Grund der Veräußerung im Vertrage bezeichnet. In den meisten Fällen wird der Veräußerer im Vertrage kundgeben, welchen Zweck er verfolgt. Hier ist also ein Anhaltspunkt, der nur sehr selten versagen wird. Es ist aber auch wohl gerechtfertigt, ihn zur Auslegung zu verwenden. Auch die römischen Juristen — die doch gleichfalls von dem Vertragsprinzip ausgehen — legen der causa eine erhebliche Bedeutung für die Person des Erwerbers bei.[1]) Neben einigen schon von Lenel erwähnten Stellen [2]) kommen auch hier insbesondere mehrere Aussprüche aus dem Codex-Titel si quis alteri (4, 50) in Betracht. In ihnen wird bestimmt hervorgehoben, daß die Tradition an den erfolgt, der Gläubiger im Kausalverhältnisse ist. So

1) Vgl. Lenel, a. a. O., S. 55 ff., aber auch über ihn unten §§ 20 ff.
2) d. 41, 1 de adq. l. 20 § 2; 3, 5 de neg. gest. l. 23 (24).

sagt der Kaiser Antonin geradezu (c. 1): cum emptiones matris tuae nomine factas esse proponis, ignorare non debes traditione matrem tuam dominam fuisse constitutam. Ganz in demselben Sinne sprechen sich die Kaiser Alexander (c. 2 und 3), Diocletian und Maximian (c. 5, 6, 8) aus. Diese Betonung des Erwerbsgrundes erklärt sich daraus, daß er für den Inhalt der Übertragung allerdings höchst bedeutsam ist. Die Aufopferung, die die Weggabe der Sache durch den Veräußerer enthält, bedarf dringend einer Begründung. Die letztere, die regelmäßig eben in der persönlichen Beziehung der Parteien liegt, steht daher im engsten Zusammenhange mit der Übertragung selbst. Der Veräußerer will eine Verpflichtung erfüllen — oder etwa schenken: dieser Zweck bildet die Grundlage des ganzen Veräußerungs-Geschäftes. Nicht auf gleicher Stufe steht dagegen der Zweck des Erwerbers. Seine Handlung, die ohnehin vorteilhaft ist, bedarf nicht so dringend einer Begründung. Sein Erwerbszweck bildet bloß einen äußeren Beweggrund. Er steht nur etwa dem Motive gleich, das den andern zur Bezahlung seiner Schuld veranlaßt — wie das Drängen des Gläubigers oder eine bevorstehende Reise. Damit erledigt sich die Frage, welcher von zwei entgegenstehenden Zwecken entscheiden solle. Nur die causa des Veräußerers kann bei der Auslegung in Betracht kommen — nicht weil dieser den Vorrang hätte, sondern weil sie in engerem Zusammenhange mit der Übertragung steht und deshalb für sie wichtiger ist.

Der Sinn der Vertragserklärung geht also regelmäßig dahin, daß der Veräußerer seinen Zweck erreichen und demgemäß übertragen will. Sie ist derart auszulegen, daß dieser Zweck dabei erreicht wird. In welcher Weise dies geschieht, ist aus den einzelnen Verhältnissen zu entnehmen. Die causa obligandi erfordert, wie wir oben sahen, häufig, daß grade an den zu Verpflichtenden selbst Eigentum übertragen werde. Bei der causa donandi wird dasselbe bei weitem die Regel sein. Am meisten Schwierigkeit macht die wichtigste causa: die der Schuld-Erfüllung. Die Frage ist hier immer: an wen muß der Gläubiger übertragen, um seine Schuld zu tilgen? Die Römer gehen bei der Bezahlung von Geldschulden davon aus, daß der Schuldner dem Gläubiger regelmäßig Eigentum verschaffen muß, um seine Schuld ipso iure tilgen zu können. So sagt Julian in einer von African [1]) citierten Stelle: mansuros eos (nummos) debitoris et ideo liberationem ... ipso iure non posse contingere debitori. Das Gleiche ist nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für Zahlungen von Geld-

1) d. 46, 3 de solut. l. 38 § 1; Pininski, a. a. O., Bd. 2, S. 230 ff., 231 Anm.; vgl. aber auch S. 550.

schulden anzunehmen: ferner aber auch für die Erfüllung der Pflichten, die dem Verkäufer und anderen Veräußerern obliegen (§§ 433, 445, 651). Danach müssen diese Personen wirklich Eigentum übertragen. Und zwar in der Regel an den Gläubiger selbst, wie sich aus § 362 ergiebt.

Dieser Gläubiger braucht nicht notwendig zugleich der Vertragsgegner zu sein: beides kann, wie bei dem Versprechen der Leistung an einen Dritten (§§ 328 ff.), auseinanderfallen. Immer aber bildet die Regel, daß der persönlich Berechtigte auch Eigentum erhalten soll. Wir gelangen damit zu der wichtigen Auslegungsregel, daß die Übertragung im Zweifel an den erfolgt, der Gläubiger im Kausalverhältnisse ist.

Dieser Satz bildet eine notwendige Erläuterung und Ergänzung des oben genannten Grundprinzipes. Er stellt erst klar, woraus denn der Sinn des Vertrages gewöhnlich zu entnehmen ist. Eine maßgebende Bestimmung mit abweichendem Inhalte wird nur selten vorhanden sein. Und der geheime Wille einer Partei kommt daneben gar nicht in Betracht. Denn es handelt sich ja eben lediglich um die Auslegung des objektiven Vertragsinhaltes.

§ 12. Daraus ergeben sich folgende Entscheidungen für die zweifelhaften Fälle:

1) Erster Fall: Es erhellt nicht klar im Vertrage, mit Bezug auf welchen Grund übertragen werden soll. Hier versagt die Auslegung aus dem Kausalverhältnisse. Ist also über die Person des Erwerbers nicht anderweit etwas vereinbart, so kann mangels jedweder Einigung kein Vertrag zustande kommen. Das ist der Fall, den Julian in d. 41, 1 l. 37 § 6 behandelt. Es besteht hier zwar ein Kausalverhältnis — die Schenkung an den ego — aber daß es der Übertragung zu Grunde liegen solle, ist nicht im Vertrage vereinbart. Zur vollen Würdigung dieser Entscheidung muß man daher erwägen, daß über die Richtung der Tradition hier nichts ausgemacht ist: weder unmittelbar noch auch mittelbar durch Einigung über ihre Gründe. Nur weil es an jedem Anhalt für die Bestimmung des Erwerbers fehlt, ist die Übertragung nichtig. Das gleiche Mißverständnis würde auch in der Weise vorkommen können, daß der Schuldner sowohl dem Empfänger als auch dem Dritten Geld schuldet und keine Klarheit darüber erzielt ist, auf welchen Anspruch die Zahlung erfolgen solle. Dabei wird freilich oft der Betrag der gezahlten Summe eine sichere Auslegung ermöglichen.

2) Ebenso sind Fälle zu beurteilen, wo zwar Einigkeit über die Erwerbsbeziehung herrscht, aus dieser aber ausnahmsweise nicht hervorgeht, wem zum Zwecke der Schuldtilgung das Eigentum verschafft werden muß. So steht es bei allen Wahlschulden; ferner in den Fällen, wo der gut-

gläubige Schuldner auch durch Leistung an den Nichtgläubiger befreit wird (z. B. nach §§ 720, 2211, 2367). Auch hier versagt die Auslegung aus der persönlichen Beziehung. Ist der Empfänger also etwa Vertreter des andern, so wird man auf andere Merkmale zu sehen haben. So wird man bei dem solutionis causa adiectus, der ja auch Wahlgläubiger ist, regelmäßig annehmen können, daß er das Eigentum dem Hauptgläubiger erwirbt.

3) Ferner ist möglich, daß die Übertragung im Hinblick auf ein Kausalverhältnis erfolgt, das in Wahrheit gar nicht zu Recht besteht. Bei der Entscheidung des Falls ist in Betracht zu ziehen, daß unser Satz eine Auslegungs-Regel ist. Der Vertragswille läßt sich mit derselben Sicherheit, wie aus einem gültigen, aus einem unwirksamen Verhältnisse entnehmen, das die Parteien irrtümlich als gültig vorausgesetzt haben. Daher wird das Eigentum auch hier dem vermeintlichen Gläubiger erworben. In derselben Weise entscheiden die Römer.[1]) Ein Prokurator, der mit der Eintreibung einer Schuld beauftragt ist, macht den Herrn zum Eigentümer, obwohl sich die Schuld nachher als ungültig herausstellt. Diese Entscheidung zeigt deutlich, daß auch die Römer dem Kausalverhältnis nur als einem Auslegungsmittel Bedeutung beigelegt haben. Wäre es das Verhältnis selbst, das die Erwerbsrichtung beeinflußte, so könnte eine nur eingebildete Beziehung doch diese Wirkung nicht haben.

4) Ohne Bedeutung ist endlich auch der geheime Wille einer Partei, eben weil die Auslegung nur den Inhalt der vertragsmäßigen Vereinbarung festzustellen sucht. Gleichgültig ist, wenn einer von beiden eine andere als die Beziehung im Sinne hat, die sich aus der Erklärung ergiebt. Und ebenso, wenn er zwar dasselbe Verhältnis meint, sich aber über seinen Inhalt irrt. Es wäre m. E. verfehlt und unpraktisch, wenn man diesen irrtümlichen Gedanken des Veräußerers gegenüber seiner stillschweigenden Erklärung zur Geltung bringen wollte. Er hat z. B. Wertpapiere an den Agenten B verkauft und bildet sich ein, daß C der Käufer gewesen sei. Nun übergiebt er sie dem B, der eine Vollmacht von C hat, in dem nicht ausgesprochenen Gedanken, daß C Eigentümer werden solle. Trotzdem muß man annehmen, daß das Erwerbsrecht des B auch hier das Eigentum nach sich zieht. Denn der Sinn der Erklärung ist eben doch im Zweifel, daß der wirkliche Gläubiger die Sache haben soll. Nur dadurch erreicht der Schuldner den Zweck, den er ersichtlich verfolgt: nämlich die Tilgung seiner Schuld. Daß er über den richtigen Weg dazu in einem geheimen Irrtum befangen ist, beein-

1) d. 12, 6 de cond. ind. l. 57 § 1; Lenel, a. a. O., S. 58; vgl. auch c. 4, 50 si quis c. 6 § 3.

trächtigt nicht den Sinn und die Wirkung seiner Erklärung: er ist gewissermaßen plus in re quam in existimatione.[1]) —

Wir fassen unser Ergebnis dahin zusammen:

Für die Person des Erwerbers ist allein der Inhalt der vertragsmäßigen Einigung entscheidend. Er ergiebt sich

1) aus der übereinstimmenden Erklärung, die auch durch unwidersprochene Äußerung einer Partei gewonnen werden kann, oder aus dem übereinstimmenden inneren Willen — beides aber nur, wenn darin eine erhebliche Vertragsbestimmung zu sehen ist. Sonst sind die übrigen Umstände zu beachten.

2) Regelmäßig wird die Richtung der Übertragung am sichersten aus der causa des Veräußerers zu entnehmen sein. Danach erfolgt die Übertragung im Zweifel gewöhnlich an den Kausalgläubiger. Notwendig ist zu dieser Auslegung:

a) daß Klarheit über die Erwerbsbeziehung herrscht,
b) daß aus dieser die Person des Erwerbers erhellt.

Unerheblich ist dagegen:

a) daß die Beziehung nicht rechtlich gültig ist,
b) daß der geheime Wille einer Partei abweicht, sei es nun über die maßgebende Beziehung oder auch nur über deren Inhalt.

Es sind hiermit im wesentlichen zwei getrennte Sätze aufgestellt: der eine (1) spricht das Offenheitsprinzip aus, der andere (2) giebt eine Auslegungsregel. Dem entspricht, daß wir uns auch gegen zwei Gruppen von Gegnern zu verteidigen haben: solche, die das zu Grunde liegende Prinzip bestreiten und solche, welche die Auslegungsregel nicht anerkennen.

D. Abweichende Ansichten.

§ 13. Wir beginnen zweckmäßig mit der zweiten Gruppe, weil sie der Grundlage unserer Ausführungen weit näher steht. Als Anhänger des Offenheitsprinzipes bei der Übertragung finden wir in der Wissenschaft nicht viele Namen — aber Namen ersten Ranges.[2]) Häufiger wird es in der Rechtsprechung vertreten; so von den höchsten Gerichten in Lübeck, Hamburg,

---

1) Vgl. d. 22, 6 de iuris et f. ign. l. 9 § 4; 40, 2 de man. l. 4 § 1; auch 41, 4 pro empt. l. 2 § 2; i. 2, 20 de leg. § 11; Vaticana fragm. § 260; Ihering, Jahrbücher f. Dogm., Bd. 2, S. 157.

2) Ihering, Jahrb. f. Dogm., Bd. 1, S. 319 ff., 324 ff.; Windscheid, a. a. O., Bd. 1, S. 447 ff., 515; Eccius, a. a. O., Bd. 3 § 178; Pininski, a. a. O., S. 215 ff., 231 ff.; Pagenstecher, Eigentum, Bd. 2, S. 204 ff.; Scheurl, Besitzrecht, S. 127 ff.

Braunschweig und Jena[1]) — am bestimmtesten wohl von dem O.L.G. Hamburg.[2]) Auch für das bürgerliche Recht ist es schon vereinzelt verteidigt worden.[3])

Die Auffassung dieser Schriftsteller und Gerichte stimmt mit der unsrigen im allgemeinen überein. Sie unterscheidet sich von ihr nur dadurch, daß es dabei versäumt wird, die oben gegebene Auslegungsregel auszusprechen. Eine Annäherung findet sich nur bei Pininski insoweit, als er neben der Erklärung auch darauf sieht, ob der Erwerb zum Geschäftskreise des Dritten gehört. Aber diese Ansicht vertritt er nur für den Besitzerwerb; während er betreffs der Übertragung des Eigentums zum Teil einen ziemlich abweichenden Standpunkt einnimmt (a. a. O., S. 547 ff.; vgl. nächste Seite).

Ohne unsere Auslegungsregel ist die Anwendung des Offenheitsprinzipes nun aber nicht wohl durchführbar. Es fehlt eben an einer praktischen Handhabe für die weitaus häufigsten Fälle, wo die Richtung der Tradition nur aus der causa zu entnehmen ist. Daher erklärt sich wohl auch, weshalb der richtige Grundsatz immer noch nicht mehr Eingang in die Wissenschaft und Rechtsprechung gefunden hat. Man stieß sich immer daran, daß die Betonung des Vertrags-Inhalts nichts sicheres ergebe, und pflegte sie deswegen schlechtweg für unfruchtbar zu erklären. Dieser Vorwurf verliert allen Grund, wenn man den Inhalt regelmäßig aus der Erwerbsbeziehung entnimmt. In ihr bietet sich ein Auslegungsmerkmal, das nur in ganz seltenen Fällen versagt. —

Weit größer ist die Zahl derer, gegen die wir den Grundsatz der Offenheit bei der Übertragung zu verteidigen haben. Sie wollen nicht die vertragsmäßige Einigung der Parteien entscheiden lassen, sondern sehen entweder auf den einseitigen Willen oder auf das Interesse eines Beteiligten oder auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Herrn und dem Mittler. Da nun jede der beiden ersten Richtungen teils vom Veräußerer, teils vom Erwerber ausgeht, so gewinnen wir folgende verschiedene Ansichten: Es soll für den Erwerb des Dritten in erster Linie maßgebend sein:

1) der Wille
 a) des Empfängers,
 b) des Veräußerers,

---

1) Seuff. Arch., Bd. 15, Nr. 100; Bd. 37, Nr. 192 (vgl. aber auch Bd. 42, Nr. 283); Bd. 48, Nr. 248; Bd. 40, Nr. 100.

2) a. a. O., Bd. 37, Nr. 192.

3) Motive, Bd. 3, S. 89; Bartels, Gruchots Beitr., Bd. 42, S. 671; vgl. auch Planck, a. a. O., S. 211, 212; Biermann, a. a. O., S. 6²; bayr. Entw. III., Art. 9; hess. Entw. II, 2, Art. 3.

2) das Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Mittler,
3) das Interesse
 a) des Empfängers,
 b) des Veräußerers.

§ 14. Als herrschende Ansicht des gemeinen und preußischen Rechts ist immer noch die Ansicht zu betrachten, wonach bei einem Widerspruche der innere Wille des Empfängers entscheidet. Diese Ansicht ist zuerst von Donellus aufgestellt und dann erst wieder von Puchta und Bremer aufgenommen worden.[1]) Danach haben sich ihr aber die meisten Schriftsteller[2]) und viele hohe Gerichte[3]), insbesondere das Reichsgericht, angeschlossen. Auch Pininski gehört insofern hierher, als er in zweiter Linie — wenn eine wirksame Erklärung nicht vorliegt — auf den erkennbaren Willen des Empfängers zurückgeht (Bd. 2, S. 547 ff.). Endlich ist Endemann der bezeichneten Ansicht auch schon für das bürgerliche Recht beigetreten.[4])

Diese herrschende Ansicht enthält insofern einen richtigen Kern, als es dem Veräußerer gewiß in vielen Fällen gleichgültig ist, wer das Eigentum erwirbt, und der Empfänger daran meist ein größeres Interesse hat. Sie wird daher gewiß oft zu einem befriedigenden Ergebnisse führen. Und doch kann man sich ihr m. E. weder für das gemeine noch für das bürgerliche Recht anschließen.[5])

Zunächst ist sie nicht aus den Aussprüchen der römischen Juristen abzuleiten. Man beruft sich dafür vielfach auf einen schon oben (S. 27 ff.) behandelten Ausspruch des Paulus (d. 41, 2 l. 1 § 20). Daß diese Stelle das schwerlich beweist, vielmehr gar nicht auf den Gegensatz von erklärtem

---

1) Donellus V, 10 § 6; Puchta, Kleine civilist. Schriften, S. 562 ff; Bremer, Zeitschr. für Civilrecht und -Prozeß, Bd. 11, S. 249 ff., Bd. 20, S. 25 ff., 79 ff.

2) Randa, Der Besitz nach österreichischem Recht, S. 470 ff., Das Eigentumsrecht nach österreichischem Recht, S. 259 ff., 279, vgl. aber auch S. 282; Meischeider, Besitz und Besitzesschutz, S. 274; Hellmann, Stellvertretung, S. 100; Mitteis, Stellvertretung, S. 141; Hirsch, Prinzipien des Sachbesitzerwerbes, S. 658 ff.; Sohm, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 17, S. 51 ff.; Arndts, Pandekten, § 145 Anm. 3; Vangerow, Pandekten, § 311 Anm. 1 (S. 568); Brinz, Pandekten, § 140, Nr. 17; Dernburg, Pandekten, Bd. 1, S. 426; Wendt, Pandekten, S. 125; Goldschmidt, Handelsrecht, Bd. 1, § 66, Nr. 7; Litten, a. a. O., S. 44 — Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, § 154.

3) Entsch. d. Reichsgerichts, Bd. 11, S. 128 ff.; Bd. 24, S. 314; Bd. 30, S. 142; in Strafsachen Bd. 19, S. 433; Seuff. Arch., Bd. 34, Nr. 179; Bd. 36, Nr. 127 (O.L.G. München); Bd. 42, Nr. 285 (Stuttgart); Bd. 49, Nr. 235; Bd. 50, Nr. 172 (Celle).

4) Einführung, Bd. 2, S. 163.

5) Vgl. besonders Lenel, a. a. O., S. 44 ff., 50 ff.

und innerem Willen eingeht, haben wir schon gesehen. Sie würde auch viel zu viel beweisen. Es müßte nach ihr jeder Wille des Mittlers, auch der gar nicht geäußerte, unter allen Umständen maßgebend sein. Und zu dieser Annahme wollen sich nur die wenigsten Anhänger der herrschenden Meinung entschließen.

Sie könnten sich ferner etwa auf Ulpians Äußerung in d. 47, 2 de furtis l. 43 § 1 stützen wollen.

> Falsus procurator furtum quidem facere videtur. sed Neratius videndum esse sit, an haec sententia cum distinctione vera sit, ut, si hac mente ei dederit nummos debitor, ut eos creditori perferret, procurator autem eos intercipiat, vera sit: nam et manent nummi debitoris, cum procurator eos non eius nomine accepit, cuius eos debitor fieri vult, et invito domino eos contrectando sine dubio furtum facit. quod si ita det debitor, ut nummi procuratoris fiant, nullo modo eum furtum facere ait voluntate domini eos accipiendo.

An ein beiderseitiges Mißverständnis, wie in d. 41, 1 l. 37 § 6 von Julian, kann hier nicht gedacht sein. Denn wenn der Prokurator nicht wüßte, daß das Geld für seinen Herrn bestimmt sei, so könnte er auch kein Furtum begehen. Danach scheint die Stelle allerdings zu besagen, daß der Empfänger auch entgegen der Erklärung des Veräußerers den Erwerb durch einen abweichenden Willen hindern könne — manent nummi debitoris. Das ist aber dennoch unannehmbar, da Ulpian dann seiner eignen Entscheidung in d. 39, 5 l. 13 widersprechen würde. Es ist auch nicht die Annahme möglich, daß Ulpian die Ansicht des Neratius etwa nur mitteile, ohne sie zu billigen. Denn während alles andere in abhängiger Rede vorgetragen wird — videndum esse, furtum facere — bedient sich Ulpian gerade hier der direkten Rede: manent nummi debitoris, furtum facit. Daher muß doch ein Unterschied im Thatbestand der beiden Stellen liegen. Man kann ihn darin sehen, daß der Prokurator in 47, 2, l. 43, 1 keine Erwerbs-Vollmacht hat — deren es zum Eigentumserwerb für Dritte bedarf. Nomine würde dann hier soviel bedeuten wie: auf Rechnung des Herrn. Oder man kann ferner auch als entscheidend betrachten, daß die Stelle nicht von einem Vertreter, sondern von einem Boten handelt. Darauf deutet schon der Ausdruck ut .... perferret, und ebenso die Begründung, er habe die Sache nicht im Namen des Herrn, d. h. an Stelle des Herrn bekommen. Wenn ein Bote die übergebene Sache nicht abliefert, so kann natürlich kein Erwerb stattfinden. Dann erklärt sich auch der anscheinende Widerspruch der Stelle mit einem Ausspruch von Papinian (eod. l. 81 (80)

§ 6), wonach ein furtum des Prokurators nur unter Anmaßung eines falschen Namen möglich sein soll. Papinian hat an den besonderen Fall des Boten eben wohl nicht gedacht.[1])

Anderseits sprechen unmittelbar gegen die entscheidende Macht des inneren Willens die oben angeführten Stellen. Vor allem die Entscheidung Ulpians (d. 39, 5 l. 13), wonach der Prokurator auch gegen seinen Willen für den Herrn erwirbt. Für das bürgerliche Recht ist auch die Bestimmung des § 164 II von Bedeutung, wonach es auf den inneren Willen nicht ankommt. Dem gegenüber können sich die Gegner nicht etwa auf § 1381 berufen. Schon deswegen nicht, weil es hier nicht auf den Willen ankommt, der sich auf den Eigentumserwerb bezieht. Sondern darauf, ob der Mann für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will.

§ 15. Auch vom praktischen Standpunkte aus ist sehr viel gegen die herrschende Meinung einzuwenden. Zunächst ist sie nicht durchführbar. Die Stütze, auf die sie sich in den Zweifelsfällen verläßt — der innere Wille des Empfängers — ist sehr häufig gar nicht vorhanden.[2]) Daß dieser sich bei der Übergabe selbst thatsächlich meist gar nichts besonderes denkt, ist zwar allein nicht entscheidend. Denn man würde sich dann immer noch mit Recht darauf berufen können, daß der Wille nur in ihm schlummere und jederzeit durch Befragen erweckt werden könne. Verhält es sich doch mit dem Willen beim Vertragsschlusse überhaupt regelmäßig nicht anders. Wie aber, wenn der Erwerber auch einen solchen ungedachten Willen gar nicht besitzt? Der Freund, der auf Bitten eines anderen etwas einkauft, hat zunächst den Willen, seinen Auftrag auszuführen. Er weiß sodann auch, daß er zu diesem Zwecke kaufen und die Sache dem Auftraggeber verschaffen muß. Er kennt aber nicht genau den Weg, auf dem dieser Erfolg zu stande kommt; diese Frage überläßt er der Rechtsordnung. Nicht zwar deswegen, weil ein Laie überhaupt nur die wirtschaftlichen, nicht aber die rechtlichen Folgen in seinen Willen einbegriffe. Wer gegen Pfand leiht, weiß regelmäßig ganz genau, daß er sich im Ernstfalle an die Sache halten kann; er will also nicht nur die wirtschaftliche Folge — die Sicherheit — sondern auch das rechtliche Mittel — den Selbstverkauf. Aber der juristische Gesichtskreis des Laien ist eben auch nur beschränkt; nämlich auf diejenigen Rechtssätze, deren Zweck und Sinn ihn die Lebenserfahrung verstehen lehrt. Er weiß vielleicht wohl, daß Eigentum erlangen muß, wer das gesicherte

---

1) Anders Schloßmann, Grünh. Zeitschr., Bd. 9, S. 339 ff.; vgl. auch d. 46, 3 de sol. l. 18, l. 38 § 1.

2) Pininski, a. a. O., Bd. 2, S. 213 ff., 219; Lenel, a. a. O., S. 49.

Recht auf Besitz dauernd erhalten will. Der Beauftragte weiß dann auch, daß er seinem Auftraggeber dies Eigentum verschaffen muß. Ob er das nun aber unmittelbar durch die erste Übergabe oder erst durch die zweite erreicht, was in der Zwischenzeit für Rechtsfolgen bestehen, das liegt außerhalb des Kreises seiner Gedanken. Wollte man es aus ihm herausfragen, so würde er die Bedeutung der Frage in der Richtung auf die persönlichen Vertragspflichten suchen. Zeigte man ihm dann, daß diese Pflichten nicht berührt würden, so würde er jedenfalls die ganze Frage für gleichgültig erklären. Daß sie für die Gläubiger des Herrn und des Mittlers von großer Bedeutung sein kann, das liegt ihm ganz fern. Er sieht nicht die Wirkung der fraglichen Rechtssätze, und darum kann er ihren Inhalt, den er nicht kennt, auch nicht ahnen. Vom Juristen unterscheidet ihn das insofern, als dieser die Wirkung der Rechtssätze zwar auch vielfach nicht kennt, wohl aber ihren Inhalt weiß oder doch zu ermitteln imstande ist. In der That geht der Wille selbst bei kaufmännisch unterrichteten Kommissionären über den angegebenen Inhalt nicht hinaus. Bezeichnend ist dafür die von Lenel (a. a. O. S. 49) erwähnte Umfrage bei verschiedenen Kommissionären. Der Wille des Mittlers ist über die Eigentumsfrage selbst im unklaren und mithin eine sehr schlechte Instanz für die Entscheidung dieser Frage. —

Ist aber auch wirklich ein bestimmter Wille beim Empfänger vorhanden, so ist es doch noch recht schwer, ihn zu beweisen. Ist es schon mißlich, jemandem das innere Wissen einer Thatsache nachzuweisen, so erhöht sich die Schwierigkeit bedeutend, wenn es sich um das Wollen eines Rechtserfolges handelt. Dieser innere Vorgang wird häufig nur aus den Angaben des Mittlers selbst zu entnehmen sein. Das ist um so mißlicher, als dieser fast immer irgend ein eigenes Interesse an dem Ergebnis haben wird. Ist er selbst Partei, so wird er sich darauf beschränken müssen, seinen Willen zu behaupten. In andern Fällen, wenn z. B. seine Gläubiger mit dem Dritten streiten — wird dieser erheblich beteiligte Zeuge oft das einzige Beweismittel sein. An der Unmöglichkeit des Beweises müßten daher die meisten Klagen scheitern, die auf Grund eines Erwerbes durch Stellvertreter erhoben werden.

Diese Schwierigkeiten haben auch viele von den Gegnern offenbar gefühlt. Sie bemühen sich daher, allerhand äußere Anhaltspunkte für die Ermittlung des inneren Willens zu finden. Mitteis (S. 148) will auf ihn daraus schließen, ob der Mittler zum Erwerb für den Dritten verpflichtet ist oder nicht. Indessen ist das eine Fiktion, die durchaus nicht immer der Wahrheit entspricht. Es ist wohl möglich, daß der Mittler diese Verpflichtung hat und sie dennoch nicht erfüllen will. — Sodann glaubt Bremer

(a. a. O. Bd. 11 S. 249 ff.) den Willen immer aus der ganzen Lage des Mittlers, insbesondere daraus entnehmen zu können, ob er wegen seiner Ersatzforderungen gesichert sei. Aber auch diese Umstände lassen keineswegs einen sicheren Rückschluß auf den inneren Willen zu. Bei der Deckungsfrage ist das schon deswegen nicht immer möglich, weil es in der Frage nach der Deckung die verschiedensten Abstufungen giebt, bei der nach dem Erwerbswillen aber nur eine einheitliche Antwort.[1]) Nur dann führt dieser Weg zu bestimmten Ergebnissen, wenn die Umstände des Falls zugleich eine sichere Auslegung des Eigentumsvertrages ermöglichen. Aber auch dann bleibt immer noch zu mißbilligen, daß die Gegner dazu erst auf dem unnötigen Umwege über den Willen gelangen.

§ 16. Denn dieser Umweg ist oft auch geradezu irreführend: nämlich dann, wenn nun doch einmal ein abweichender innerer Wille festzustellen ist. Zunächst ist möglich, daß der Mittler den geheimen Willen gehabt hat, für den Dritten zu erwerben. Wird dieser nun entgegen dem Vertrags-Inhalt Eigentümer, so kann der Veräußerer, wie wir oben gesehen haben, dadurch empfindlich geschädigt werden. Vor allem aber hat der Mittler meist ein erhebliches Interesse daran, selbst Eigentümer zu werden, damit er sich wegen seiner Auslagen sichern kann. Gegen den Anspruch des Auftraggebers schützt ihn allerdings sein Rückhaltungsrecht, solange er die Sache noch hat (§ 273 II). Dies kann er auch gegenüber den Gläubigern des Geschäftsherrn geltend machen; denn sie können nach §§ 808, 809 C.-P.-O. hier nicht die Sache selbst beim Mittler pfänden, sondern nur eben den Anspruch aus dem Auftragsvertrage. Anders aber, wenn der Auftraggeber in Konkurs gerät oder wenn der Mittler den Besitz der Sache bereits aufgegeben hat. Hiernach ist der Mittler, wenn er nicht schon Deckung hat, erheblich daran interessiert, die Sache für sich zu erwerben. Nun kann er auf diese vorteilhafte Stellung allerdings verzichten. Aber es wäre doch unbillig, wenn dazu die unverständige und kurzsichtige innere Ansicht genügen sollte, die er bei der Übergabe hegt. Sein unausgesprochener und doch gewiß unverbindlicher Irrtum würde ihm dann das Eigentum nehmen und, wenn er über die Sache dennoch verfügt, womöglich gar eine strafrechtliche Verfolgung wegen Unterschlagung zuziehen können.[2]) Ein Freund verspricht dem andern auf sein Bitten, ihm ein Darlehn von 100 Mark zu geben, und leiht das Geld erst selbst anderweit, etwa mit dem Gedanken, daß eben dies Geld seinem Freunde aushelfen solle. Sollte er sich danach einer Unterschlagung

---

1) Lenel, a. a. O., S. 48, 49, 54.

2) Vgl. zum folgenden Lenel, a. a. O., S. 79, 80, 67 ff.

schuldig machen, wenn er das Geld dennoch in anderer Weise verbrauchte? Man darf nicht einwenden, daß es ihm hier an der erforderlichen Kenntnis der bürgerlichen Rechtsfolgen fehlen werde. Denn auch ein Kenner und Anhänger der herrschenden Meinung wird in einem solchen Falle wahrscheinlich ohne Bedenken ebenso handeln.[1]) Diese Folgen der Willenstheorie sind gewiß unannehmbar. Es ist eben zweierlei, sich zu einer Leistung obligatorisch zu verpflichten und diese Pflicht thatsächlich zu erfüllen. Die Verpflichtung kann noch auf Grund von Gegenrechten oder auch ohne Grund verweigert werden; erst die dingliche Erfüllung bindet den Mittler in unabänderlicher Weise. — Aber es ist nach der herrschenden Meinung ja auch noch gar nicht einmal nötig, daß der Mittler überhaupt nur verpflichtet ist, für den Dritten zu erwerben. Auch wenn er ohne eine solche Pflicht diesen Entschluß gefaßt hat, müßte dasselbe eintreten. In der That ist das Reichsgericht[2]) nicht davor zurückgeschreckt, einen Erwerb des Dritten entgegen dem Vertragsinhalt und ohne eine Vertretungspflicht des Mittlers zuzulassen. Diese Annahme ist folgerichtig; aber sie läßt die Schwächen der herrschenden Theorie deutlich erkennen.

Fast noch klarer zeigt sich ihre Unrichtigkeit bei den Fällen, wo der Mittler im geheimen entschlossen ist, nicht für den Herrn zu erwerben. Zunächst ist möglich, daß er überhaupt nicht erwerben will. Diese Frage ist z. B. in einem Rechtsstreite bei dem O.L.G. Hamburg und dem Reichsgerichte zur Sprache gekommen. Ein Kommis hatte Geld für seinen Herrn angenommen. Es wurde aber behauptet, daß er dabei nicht den Willen gehabt habe, für ihn zu erwerben, und anscheinend der Kommis als Zeuge benannt. Nachdem das O.L.G. von der Vertragserklärung ausgegangen, legt es dann doch auf den inneren Willen des Mittlers Gewicht. Da macht es ihm nun sichtbare Schwierigkeit, um den Beweisantrag herumzukommen. Es behilft sich mit allerlei thatsächlichen Erwägungen; z. B. damit, daß der Kommis schwerlich eine genügende Kenntnis des Konkursrechtes gehabt haben werde, um den Erwerb abzulehnen. Das sind aber doch alles nur Anhaltspunkte, die wohl ziemlich belanglos sein würden, wenn der Kommis das Fehlen seines Erwerbswillens bekundete. Trotzdem schließt sich auch das Reichsgericht dieser Entscheidung durchaus an: das Berufungsgericht habe mit Recht angenommen, daß der Vertreter den Erwerb gewollt habe. Der Wille des Mittlers wird also auch hier als maßgebend hingestellt nur, um gleich darauf wieder beseitigt zu werden. Er

1) Vgl. Lenel, a. a. O., S. 79, 80.
2) Entsch., Bd. 30, S. 142 ff.; vgl. Lenel, a. a. O.
3) Seuffert's Archiv, Bd. 42, Nr. 283; Entsch. d. R.G., Bd. 19, S. 251 ff.

giebt nicht den wirklich entscheidenden Grundsatz her, sondern nur eine schöne Dekoration, welche die Rechtssätze verhüllt.

Noch häufiger und bedenklicher sind die Fälle, wo der Mittler den abweichenden Willen hegt, für sich zu erwerben. Nach der Grundauffassung der Gegner muß der Mittler hier das Eigentum für sich selbst erwerben. Aber das führt meines Erachtens zu ganz unhaltbaren Ergebnissen.[1]) Der Mittler hätte es danach in der Hand, sich einfach durch seinen inneren Willen zum Eigentümer zu machen. Er würde sich damit sogar vor der strafrechtlichen Verfolgung wegen Unterschlagung sichern: denn die Sache ist ihm ja keine fremde mehr. Wollte man darin aber auch eine Unterschlagung sehen, so wäre sie doch gegen den Veräußerer gerichtet. Behält also ein Dienstmann die Stühle, die ich ihn habe von dem Verkäufer für mich abholen lassen, so würde er danach eine Unterschlagung gegen diesen begehen. Er würde also nach § 247 St.G.B. nur auf Antrag verfolgt werden, wenn er zufällig ein Hausgenosse des Verkäufers sein sollte; und gar nicht, wenn er dessen Vater ist! Ebenso merkwürdig ist, daß der Dienstmann Eigentümer sein sollte, wenn er, wie sich später herausstellt, vorübergehend die Absicht der Unterschlagung gehegt hat. Durch eine solche Reglung kann der Herr empfindlich geschädigt werden: und ebenso auch der Veräußerer, der an dem Erwerbe des Herrn oft erheblich interessiert ist.

Diese praktischen Bedenken haben denn auch einen großen Teil der Gegner zu allerhand Zugeständnissen genötigt. So will Bremer (a. a. O. Bd. 11 S. 249 ff.; Bd. 20 S. 65 ff.) dem Veräußerer das Recht geben, sich durch eine vertragsmäßige Bestimmung beim Erwerbe zu sichern. Das ist gewiß richtig, muß aber von seinem Standpunkte aus als eine einzelne Ausnahme erscheinen. Einige Gegner[2]) glauben ferner dadurch helfen zu können, daß sie bei einem geheimen Widerspruche des Mittlers das Eigentum nicht auf diesen übergehen, sondern beim Veräußerer zurückbleiben lassen. Dem stehen jedoch gleichfalls die meisten der eben behandelten Bedenken entgegen. Ein anderer, mehrfach unternommener Versuch der Einschränkung ist folgender: Der Wille des Mittlers, der überhaupt nicht geäußert sei, könne als bloße Mentalreservation allerdings nicht beachtet werden. Habe er ihn aber irgendwie — also nicht notwendig dem Veräußerer — kundgegeben, so sei er für die Richtung des Erwerbes in Betracht zu ziehen. Diese Auffassung scheint mir indessen vom dogmatischen und praktischen Standpunkte gleich unrichtig. Von jenem, weil sie den Begriff des geheimen

---

1) Vgl. Jhering, Jahrb., Bd. 1, S. 334; Besitzwille, S. 304 ff.; Lenel, a. a. O., S. 59.

2) Z. B. Hauser, a. a. O., S. 20 ff.

Vorbehalts verkennt. Es ist nicht nötig, daß sich dieser durchaus im Innern des Erklärenden verstecke. Vielmehr ist der Begriff des Geheimen ebenso relativ wie der entgegengesetzte der Offenheit. Bei empfangsbedürftigen Erklärungen umfaßt er alles, was dem Gegner verborgen bleibt. Dem entspricht vollkommen das Ergebnis der praktischen Überlegung. Was hilft es dem Veräußerer, wenn das Recht den Empfänger nötigt, irgendwie und irgendwem seine Meinung kundzugeben? Er wird sich, wenn er unterschlagen will, schon solche Personen aussuchen, die seine geheime Absicht ebenfalls geheim halten werden. In einer solchen Mitteilung liegt nach meiner Ansicht nichts als eine tote, unbrauchbare Form.

§ 17. Der innere Wille des Empfängers kann also nicht entscheidend sein. Aber ebenso wenig darf man alles auf den inneren Willen des Veräußerers abstellen — oder gar noch weniger, weil dessen Interesse an den Erwerbsfolgen meist viel geringer ist. Trotzdem ist diese Ansicht sogar von Savigny [1]) vertreten worden und früher lange herrschend gewesen. In der Praxis hat man sich nie recht mit ihr befreundet. Man denke sich nur die Folgen: Ein Händler kauft, bezahlt und erhält ein Pferd von einem Gutsbesitzer — wie er will und ausdrücklich erklärt, für dessen Nachbar. Dann müßten sich die Gläubiger des Händlers, die das Pferd schnell gepfändet haben, darauf berufen können, der Gutsbesitzer habe entgegen der Vertrags-Erklärung den Händler zum Eigentümer machen wollen. Man braucht sich nur noch dazu zu denken, daß der Veräußerer selbst einer dieser Gläubiger ist und seinen Willen mit Vorbedacht gefaßt und verschwiegen hat, um sich den Zugriff auf das Pferd zu sichern. Eine Einrede der Arglist könnte hier schwerlich helfen, da sie doch nicht imstande wäre, die erfolgte dingliche Übertragung an den Mittler rückgängig zu machen. Es bethätigt sich also auch hier derselbe allgemeine Gedanke: daß für den Inhalt und die Wirkung der Verträge nur die vertragskundigen und nicht die geheimen Umstände entscheidend sind.

§ 18. Wir wenden uns im Anschluß an die Willenstheorien zu der Auffassung, wonach das Rechtsverhältnis zwischen dem Herrn und dem Mittler die Erwerbs-Wirkungen bestimmt. Sie steht in theoretischer Beziehung der hier vertretenen Auffassung nahe; in praktischer dagegen der vorher besprochenen herrschenden Ansicht. Die unmittelbaren Wirkungen der Übertragung bestimmt sie genau ebenso wie die hier verteidigte Auffassung; auch sie läßt den Mittler Eigentümer werden, wenn er auf seinen Namen erworben hat. Aber bei der Frage, wie sich dann weiter die Über-

---

1) Besitz, S. 353.

tragung an den Herrn vollziehe, weicht sie von ihr derart ab, daß sie schließlich gerade zu dem umgekehrten Ergebnisse gelangt.

Nach unserer Ansicht bedarf es zum Erwerbe des Herrn hier einer zweiten selbständigen Übertragung.[1]) Sie kann auch durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses (constitutum possessorium) bewirkt werden.[2]) Aber dazu bedarf es dann einer besonderen neuen Abrede.[3]) Dem entgegen nehmen nun mehrere hohe Gerichte[4]) an, daß der Auftrag zum Erwerbe als genügende Grundlage für eine solche Vereinbarung zu betrachten sei. Sie gelangen danach zu dem Ergebnisse, daß das Eigentum zwar zunächst auf den Mittler übergehe, aber auch schon sofort auf den Herrn weiter übertragen werde. Dagegen sprechen aber zahlreiche Gründe des positiven Rechts und der Zweckmäßigkeit.

Die Übertragung durch constitutum possessorium setzt im römisch-gemeinen Recht voraus, daß der Veräußerer zur Zeit der Einigung schon Besitzer der Sache ist.[5]) Nicht anders verhält es sich im bürgerlichen Rechte mit der Übertragung nach § 930. Dafür spricht schon der Wortlaut dieser Vorschrift; noch mehr aber die Erwägung, daß nur der augenblickliche Besitzer in der Lage ist, einen andern zum mittelbaren Besitzer zu machen. Die im § 930 geregelte Erwerbsart enthält eben in sich gleichfalls die Verschaffung eines Besitzes — ähnlich der Übergabe nach § 929. Deshalb erfordern beide Formen, daß der Veräußerer zur Zeit der Übertragung die thatsächliche Gewalt hat. Eine anticipierte Vereinbarung des noch nicht besitzenden Mittlers ist daher noch keineswegs eine dingliche Erfüllung, sondern erst ein bloßes persönliches Versprechen.

Der praktische Erfolg einer solchen Weiter-Übertragung würde ferner fast genau derselbe sein, wie das Ergebnis der herrschenden Meinung — wenigstens soweit deren Anhänger den Willen eben aus dem Rechtsverhältnisse zu entnehmen pflegen. In derselben Weise wie dort würde der Veräußerer oder der Mittler geschädigt werden können. Dieser würde sich insbesondere bei jeder Verletzung seiner Vertragspflicht strafrechtlich verantwortlich machen.

---

1) d. 41, 1 de adq. l. 59; 45, 1 de verb. obl. l. 135 § 2; 41, 3 de usurp. l. 13 § 2; 41, 4 pro emptore l. 7 § 2; c. 7, 10 de his c. 2; Jhering, Jahrbücher f. Dogmatik, Bd. 1, S. 325 ff.

2) § 930; vgl. Windscheid, a. a. O., Bd. 1, S. 515 Anm. 13.

3) Vgl. zum folgenden Lenel, a. a. O., S. 69 ff., 75 ff., 78 ff.; unten S. 98 ff.

4) Entsch. des R.G., Bd. 30, S. 143; Celle, Seuff. Arch., Bd. 40, Nr. 292; Bd. 49, Nr. 235; O.L.G. München, Seuff. Arch., Bd. 36, Nr. 127 und dazu Lenel, a. a. O., S. 75 ff.

5) Lenel, a. a. O., S. 69 ff.; vgl. Entsch. des R.G., Bd. 11, S. 57; Bd. 26, S. 180 ff.

Wie die Entscheidungen der Gerichte zeigen, kommt die Vereinbarung nicht selten vor, daß ein gewisser Geschäfts-Erwerb einer Person schlechthin in das Eigentum einer andern fallen solle. So hatte z. B. der Käufer einer Weinwirtschaft versprochen, alle neu angeschafften Weine ohne weiteres zum Eigentum des Verkäufers zu machen.[1]) Eine solche Abrede kann bezüglich der Weine, die der Käufer auf seinen Namen anschafft, nicht dinglich wirken. Sonst würde man ihn auch wegen Unterschlagung verfolgen müssen, wenn er diese Weine für sich verwendet.

Es bedarf vielmehr immer noch einer selbständigen zweiten Übertragung durch den Mittler an den Geschäftsherrn. Nicht etwa deshalb, weil die Einigung nicht auch schon im voraus geschlossen werden könnte, wohl aber, weil nur Besitz verschaffen kann, wer selbst eine Herrschaft über die Sache ausübt. Die Weitergabe des Eigentums erfordert immer erst eine neue Besitz-Zuwendung — sei es nun nach § 929 oder § 930.

Nur für einige bestimmte Ausnahme-Fälle scheint mir die eben bekämpfte Auffassung gerechtfertigt zu sein. Es giebt nämlich gewisse eigenartige Verhältnisse, wo eine Übertragung des Besitzes nicht notwendig oder auch gar nicht möglich ist. Nach § 855 erwerben Dienstboten und Angestellte den Besitz der im Haushalt oder Erwerbsgeschäfte erlangten Sachen unmittelbar ihrem Herrn.[2]) In diesen und den ähnlichen Fällen, die das Gesetz ihnen gleichstellt, kann man also eine weitere Besitz-Übertragung nicht verlangen. Soweit ihr Erwerb thatsächlich dem Haushalt und Geschäft angehört, können sie danach unmittelbar den Herrn zum Eigentümer machen. Dieser Erfolg wird sich fast immer schon daraus ergeben, daß die Beziehung auf den Herrn auch dem Veräußerer erkennbar sein wird — wie bei den Marktkäufen der Dienstboten. Möglich ist aber auch, daß dies nicht der Fall ist, wenn ein Diener z. B. ungewöhnlich billige Cigarren für den Herrn einkauft. Er erwirbt durch die Tradition selbst das Eigentum, aber er überträgt es m. E. sofort an den Herrn.[3]) Diese Ausnahme ist praktisch wohl gerechtfertigt. Denn die Personen, die das Gesetz (§ 855) im Sinne hat, haben „den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten". Sie können insbesondere gegenüber diesen Befehlen kein Rückhaltungsrecht geltend machen. Hier versagen also die Bedenken, die sich aus dem Interesse des Mittlers ergeben. Aber auch der Veräußerer wird durch diese Annahme m. E. nicht geschädigt. Denn auch

1) Seuff. Arch., Bd. 36, Nr. 127; vgl. Bd. 37, Nr. 192; Lenel, a. a. O. S. 75 ff., 77 ff.

2) Vgl. zum folgenden unten S. 63 ff.

3) A. M. Biermann, a. a. O., S. 6[2]; vgl. auch Planck, a. a. O., S. 212.

vom entgegengesetzten Standpunkte aus wird man ihm eine Möglichkeit, die Sache durch Vollstreckung zu verwerten, nicht zusprechen können. Nehmen wir an, daß es erst einer zweiten selbständigen Übertragung an den Herrn bedürfe, und daß die Gläubiger des Dieners sie unter Umständen anfechten könnten. Sie würden dadurch nicht mehr erreichen können, als den Erfolg der anfechtbaren Übertragung rückgängig zu machen (§ 7 Anf. Ges.), also den Zustand wiederherzustellen, der unmittelbar nach der ersten Tradition bestanden hatte. Durch diese war der Herr aber, wenn nicht Eigentümer, so doch jedenfalls Besitzer geworden. Die Gläubiger könnten mithin nicht die Sache selbst, sondern nur etwa die Forderung des Dieners gegen den Herrn pfänden (§ 808 C. P., vgl. unten S. 80 ff.). Und ein solcher Anspruch auf Herausgabe wird eben nicht bestehen, wenn der Diener Sachen im Haushalt erworben hat. Anderseits verlangt das Interesse des Herrn hier besonders dringend, daß er sofort Eigentümer werde. Insbesondere erscheint hier auch ein strafrechtlicher Schutz wohl angebracht — insofern es sich wirklich um einen Haushalts- oder Geschäfts-Erwerb handelt.

Ähnliche Gesichtspunkte sind es, die der Bestimmung des § 1381 zu Grunde liegen.

> Erwirbt der Mann mit Mitteln des eingebrachten Gutes bewegliche Sachen, so geht mit dem Erwerbe das Eigentum auf die Frau über, es sei denn, daß der Mann nicht für Rechnung des eingebrachten Gutes erwerben will.

Macht der Mann mit Mitteln des Ehegut̃s einen Erwerb im eignen Namen, so wird er selbst Eigentümer und ist zur Herausgabe an die Frau verpflichtet.[1]) Aber eine solche Weiter-Übertragung wird oft nicht klar hervortreten oder ganz unterbleiben. Denn es findet sich bei den Eheleuten in ähnlicher Weise, wie bei den genannten Herrschaftsverhältnissen, eine Gemeinsamkeit des Gewahrsams. Sie beruht hier nicht auf rechtlichen, sondern auf thatsächlichen Gründen; Ehegut und Vorbehaltsgut werden meist thatsächlich vereinigt sein. Es liegt daher die Gefahr nahe, daß sich das Vermögen der Frau allmählich in lauter Forderungen gegen den Mann verwandelt. Das Gesetz hilft dagegen durch die Bestimmung, wonach das Eigentum sofort an die Frau weiter übertragen wird und daher „mit dem Erwerbe“ auf sie übergeht. Voraussetzung dafür ist, daß der Erwerb der Sachen endgültig dem Vermögen der Frau zur Last fällt. Daß er mit Mitteln[2]) des Eheguts gemacht ist, genügt also dann nicht, wenn der Mann

1) Planck, Kommentar, Bd. 4, S. 110, 127; Protokolle, S. 5329 ff.

2) Vgl. § 45 K.O.; Planck, a. a. O., S. 127, 2a); Protokolle, a. a. O.

dies aus seinem Vermögen ersetzen, also nicht für Rechnung des Eheguts erwerben will. —

In Betreff der vorher besprochenen Herrschaftsverhältnisse gelangt Lenel[1]) auf einem andern Wege zu einem ganz ähnlichen Ergebnisse. Er sucht aus den römischen Quellen nachzuweisen, daß der Prokurator im technischen Sinne — der Geschäftsführer — stets für den Herrn und der Vormund stets für den Mündel erwerbe, soweit der Erwerb in ihrem Geschäftskreise und im Auftrage des Prokurators gelegen habe. Nicht notwendig sei dabei, daß die Beziehung auf den Dritten bei der Übertragung hervorgetreten sei. Lenel will dies auf alle Dienstboten und Angestellten — also wesentlich die in § 855 genannten Personen — ausdehnen. Er weicht also nur insofern von uns ab, als er den Herrn unmittelbar Eigentümer werden läßt — was m. E. aus den Quellen[2]) nicht zu entnehmen, übrigens aber praktisch gleichbedeutend ist — und als er es auch auf den Vormund ausdehnen will. Letzteres ist aus d. 41, 1 l. 13 § 1 allein schwerlich zu folgern und nach meiner Ansicht auch nicht durch praktische Gründe geboten. Denn Lenels Ausführungen (S. 89), daß der Mündel gegenüber dem Vormund keine gesicherte Herrschaftssphäre habe, treffen doch jedenfalls nicht für das bürgerliche Recht zu (§§ 1802, 1803, 1805, 1806 ff., 1812 ff., 1818 ff., 1837, 1840). Übrigens ist die Bedeutung auch dieser Frage für unser Recht nicht sehr erheblich, da die Vormünder meist schon die zu Grunde liegenden Kaufverträge auf den Namen des Mündels stellen werden und sich dann der Erwerb des letzteren schon aus allgemeinen Grundsätzen ergiebt.[3])

Die Beziehung zwischen dem Herrn und dem Mittler kann hiernach nur dann zu einer sofortigen Weiterübertragung des Eigentums führen, wenn beide eine gemeinschaftliche Besitzsphäre haben, was bei den Dienern des § 855 aus rechtlichen und bei Eheleuten aus thatsächlichen Gründen der Fall ist.

§ 19. Wir kommen nun endlich zur Prüfung der Ansichten, die auf das objektive Interesse der Parteien alles Gewicht legen. Ihering, der eigentliche Vorkämpfer des Offenheits-Prinzipes, hat später gelegentlich die Auffassung vertreten, es entscheide das Interesse des Empfängers darüber, ob er für sich oder für den Auftraggeber erwerbe.[4]) So werde der Kommissionär

---

1) a. a. O., S. 86 ff., 90 ff.; vgl. auch Bekker, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 34, S. 50; Dernburg, Pandekten, Bd. 1, S. 426; Hölder, Pandekten, S. 296.

2) Vgl. Lenel, S. 80 ff.; d. 41, 1 de adq. rer. dom. l. 13; 41, 3 de usurp. l. 47 (nomine); insbesondere aber auch gegen Lenel d. 41, 1 de adq. l. 37 § 6.

3) Lenel, S. 90.

4) Besitzwille, S. 380; vgl. dazu Lenel, S. 53 ff.

selbst Eigentümer, weil er regelmäßig Deckungsansprüche gegen den Geschäftsherrn habe. Lenel bezeichnet es mit Recht als verkehrt, die Interessenfrage in jedem einzelnen Falle zu prüfen. Indessen glaube ich auch nicht, daß Ihering das gewollt hat. Vielmehr geht aus mehreren seiner anderweitigen Äußerungen hervor, daß er nur die typische, regelmäßige Gestaltung der Interessen im Sinne gehabt hat.[1]) Aber danach muß man dann wieder fragen, ob damit schon eine eigentliche Rechtsregel gegeben werde oder nicht erst ein gesetzgeberischer Grund. Und vor allem ist nicht einzusehen, weshalb denn allein das Interesse des Empfängers entscheiden soll. Nicht zu billigen ist auch Iherings Annahme, daß ein Auftreten des Mittlers als Ersatzmann so regelmäßig mit seinen Deckungs-Interessen Hand in Hand gehe. Hat der Geschäftsherr ihm das Geld zur Besorgung mitgegeben, so hat der Mittler nie einen Deckungsanspruch, auch dann nicht, wenn er sich selbst im Kaufvertrage verpflichtet. Hat der Mittler anderseits das Geld ausgelegt, so hat er umgekehrt immer eine Ersatzforderung an den Herrn, auch wenn er auf dessen Namen den Vertrag abgeschlossen hat.

§ 20. Viel beachtenswerter scheint mir die Auffassung Lenels,[2]) der von dem Interesse des Veräußerers ausgeht. Oder genauer von dem der Tradition zu Grunde liegenden Kausalverhältnisse, weil in ihm das typische Interesse des Veräußerers hervortrete. Nach Lenel geht das Eigentum daher immer auf den über, der Gläubiger im Kausalverhältnisse ist. Von meiner oben aufgestellten Ansicht unterscheidet sich das nur insofern, als ich den Vertragsinhalt für maßgebend halte und die Kausalbeziehung nur als ein einzelnes Moment für dessen Auslegung ansehe. Da dies Merkmal aber regelmäßig den sichersten und besten Anhalt für die Auslegung giebt, so ist die praktische Abweichung beider Ansichten nicht sehr erheblich. Sie kann in Fällen hervortreten, wo die ausdrücklichen Erklärungen der Parteien der Tradition eine andere Richtung geben, als die Erwerbsbeziehung. Solche Fälle sind, wie mehrfach hervorgehoben ist, ziemlich selten, da die Parteien über die Person des Erwerbers meist keine verbindlichen Bestimmungen treffen werden. Öfter wird es vorkommen, daß sich eine ähnliche Abweichung aus den sonstigen Umständen des Vertrages ergiebt. In beiden Fällen zeigt es sich, daß die Erwerbsbeziehung nicht allein maßgebend sein darf.

Die Römer entscheiden zwar mehrmals, daß das Eigentum an den übertragen werde, der Gläubiger in der Erwerbsbeziehung ist. Aber diese

1) Z. B. Geist des römischen Rechts, § 60; vgl. auch Jahrb. für Dogm., Bd. 30, S. 216 Anm. 1.

2) a. a. O., S 55 ff., 72 ff.

Aussprüche können nicht die vorliegende Frage entscheiden, ob nur diese Beziehung in Betracht zu ziehen sei. Andere Quellenzeugnisse sprechen indessen gegen Lenel. Wäre das Erwerbsverhältnis deshalb zu beachten, weil es Ausdruck des typischen Interesses ist, so könnte das doch wohl nur für eine gültige causa passen. Nun beweist aber die schon oben erwähnte d. de cond. ind. 12, 6 l. 57 § 1, daß auch eine nur vermeintliche Beziehung der Tradition ihre Richtung auf den angeblichen Gläubiger giebt. Das nimmt auch Lenel selbst (S. 58) an. Er meint freilich, daß auch bei der vorausgesetzten Beziehung die typische Lage der subjektiven Interessen dieselbe sei. Das trifft indessen m. E. nicht zu, soweit es sich auf das wirkliche Interesse des Empfängers bezieht. Denn weder der Herr noch der Mittler hat einen Vorteil davon, wenn eine nicht bestehende Forderung eingezogen wird. Soweit aber Lenel dabei das Interesse meint, das die Parteien selbst voraussetzen, so giebt er damit nach meiner Ansicht seinen Interesse-Standpunkt auf, zu Gunsten des hier vertretenen, wonach die causa nur als Auslegungsmittel in Betracht zu ziehen ist. Von seiner Grundauffassung aus müßte er m. E. vielmehr die Übertragung für ganz unwirksam erklären, wenn eine gültige causa nicht vorhanden sei. Bekanntlich ist die Wirkung der Tradition aber von dem Bestehen eines Erwerbsverhältnisses unabhängig. Das Gegenteil sagt auch nicht etwa Ulpian (d. 47, 2 de furtis l. 43 pr.) mit den Worten:

> Falsus creditor (hoc est is, qui se simulat creditorem) si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient.

Denn unter dem falsus creditor kann hier doch nur ein solcher verstanden werden, der sich fälschlich für die Person eines anderen — wirklichen — Gläubigers ausgiebt, nicht aber jemand, der nur das Bestehen eines Anspruchs erdichtet.[1])

Gegen Lenel sprechen aber auch Erwägungen der Zweckmäßigkeit. Nach ihm müßte das Erwerbsverhältnis auch dann maßgebend sein, wenn die Übertragung nach dem Vertragsinhalt unzweideutig auf eine andere Person als den Gläubiger gerichtet ist.[2]) Es könnte niemand für einen andern erwerben, wenn er selbst die Vertragsschuld eingegangen ist. Dies wäre in Rom um so mißlicher gewesen, als der Beauftragte dort ja eben nur sich selbst, nicht aber den Dritten, verpflichten konnte. Die Ausnahmen, die Lenel für die Prokuratoren und Vormünder macht, reichen schwerlich

1) A. M. Exner, a. a. O., S. 339 ff.; Schloßmann, Grünh. Zeitschr., Bd. 9, S. 339 ff.; vgl. aber d. 47, 2 de furtis l. 81 (80) § 6.

2) Vgl. O.L.G. Braunschweig, Seuff. Arch., Bd. 48, Nr. 248; dagegen Lenel, S. 72 ff.

dazu aus, uns diese Annahme glaubhaft zu machen. Unter Umständen kann auch der Veräußerer ein beträchtliches Interesse daran haben, daß er an einen andern als den Kausalgläubiger überträgt. Der Kaufmann A verkauft zwei ähnliche Vasen zu gleicher Zeit an die Brüder B und C. Kurz darauf kommt B, um die von C gekaufte Vase für diesen abzuholen. Er bezeichnet diese Vase und läßt sie verpacken, ohne dabei sein Vertretungsverhältnis kundzugeben. Der Kaufmann denkt daher auch nicht anders, als daß dies die von B gekaufte Vase sei, und übergiebt sie ihm in diesem erkennbaren Sinne. Der Wille des B, für C zu erwerben, kann diesen nicht zum Eigentümer machen. Aber ebensowenig der Umstand, daß C der wirkliche Gläubiger ist. Man braucht nur zu denken, daß C eben noch nicht bezahlt hat und daß A ihm gegenüber die Leistung so lange verweigern will. Dies Recht kann ihm dadurch nicht benommen sein. Vielmehr hat er die Vase an B übertragen — freilich auf Grund eines erheblichen Irrtums, der ihn zur Anfechtung dieser Tradition berechtigt.

Nach Lenel müßte das Gegenteil selbst dann gelten, wenn B gar nicht den Willen hat, für C zu erwerben, sondern er nur zufällig eine Erwerbsvollmacht von ihm hat. Das wäre doch gewiß sehr eigenartig. Geradezu unannehmbar aber wird dasselbe Ergebnis in solchen Fällen, wo der Mittler noch nicht einmal obligatorisch verpflichtet ist, für den Dritten zu erwerben. Der Gutsbesitzer C verkauft an A Weizen für 500 M. und will den Anspruch an seinen Nachbar B abtreten. Die Abtretung ist indessen nichtig, da trotz vereinbarter Schriftlichkeit nur C unterschrieben hat. In Unkenntnis dieses Mangels zahlt A das Geld an B aus. Oder B hört, daß sein Vetter C gestorben sei. Weil er der nächste Erbe sein würde und dringend Geld braucht, zieht er sofort eine Forderung des C von A ein, der ihm auch auf das Gerücht hin das Geld auszahlt. Setzt man voraus, daß B zufällig eine Erwerbsvollmacht für C hatte, so würde C in beiden Fällen unmittelbar Eigentümer des Geldes geworden sein — B, der es später dennoch verbrauchte, sich also der Unterschlagung schuldig machen. Danach scheint mir Lenels Auffassung in solchen Fällen besonders unbillig zu sein, wo es sogar an einer Pflicht des Vertreters zum Fremderwerbe fehlt.

§ 21. Gegen diese Schwierigkeit scheint jedoch die weitere Annahme Lenels zu helfen, daß der Fremderwerb hier — wie überhaupt immer — eine Erwerbspflicht des Vertreters gegenüber dem Herrn — aus Auftrag, Dienstvertrag u. s. w. — zur Voraussetzung habe. Diese Innenbeziehung des Empfängers (B) zum Dritten (C) ist wohl zu unterscheiden von der Erwerbsbeziehung zwischen dem Veräußerer (A) und dem Gläubiger — der ja von mir und noch mehr von Lenel erhebliches Gewicht beigelegt wird.

Lenel verlangt also daneben noch eine gültige Innenbeziehung. Fehle sie, so könne der Dritte nicht Eigentum erwerben: daher werde auch der zahlende Schuldner nicht ipso iure befreit, sondern nur durch eine exceptio geschützt.

Dieser Ansicht möchte ich die andere entgegenstellen: M. E. bedarf es nicht eines Auftrages oder eines andern Schuldverhältnisses — wohl aber einer Vollmacht des Herrn, die den Mittler zum Fremderwerbe berechtigt. Diese Erwerbs-Vollmacht ist von der anderen zu unterscheiden, durch die der Mittler zum befreienden Empfange der Leistung ermächtigt wird — der Empfangs-Vollmacht (vgl. unten § 22). Sie wird regelmäßig gegenüber dem Mittler — und zwar eben in dem Auftrage zum Erwerbe — erklärt sein. Eine derartige Ermächtigung will Lenel freilich nicht Vollmacht nennen, weil er unter der Vollmachts-Erteilung nur die Erklärung gegenüber dem Dritten verstehen will (S. 14 ff.). Doch ist diese Einschränkung des Ausdrucks unvereinbar mit dem § 167, nach dem die Erteilung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten erfolgt.

Eine solche Erwerbs-Vollmacht ist nun allerdings zum Vertretungserwerbe unentbehrlich. Daraus erklärt es sich, daß die Römer hier mehrfach die Notwendigkeit eines Auftrags hervorheben.[1]) Sie unterschieden nämlich auch hier nicht scharf zwischen der Ermächtigung und dem Auftrag, der ihre Grundlage bildet. Diese Auffassung ist um so wahrscheinlicher, als jene eben regelmäßig nur in diesem zum Ausdrucke kommen wird. Aus demselben Grunde ist es auch begreiflich, daß Ulpian beim Fehlen des Auftrages eine Genehmigung des Kaufes — nicht des Erwerbes — erfordert.[2]) Denn auch diese Genehmigung wird ja gewöhnlich nur in jener erklärt werden.

Diese Deutung scheint nun freilich bei den Fällen zu versagen, wo die Zuwendung dem Mittler selbst zugedacht ist und dieser daher auch unmittelbar Eigentümer werden soll. Denn hier ist eine Erwerbs-Vollmacht des Herrn, der ja gar nicht erwerben soll, natürlich nicht nötig. Daher scheint sich Lenel (S. 100 ff.) mit Recht auf d. 46, 3 de sol. l. 38 § 1 zu berufen, wo African sagt:

> Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus,

1) d. 41, 2 de acq. v. a. poss. l. 42 § 1; d. 41, 1 de adq. r. d. l. 13; Paulus rec. sent. 5, 2, 2.

2) d. 41, 2 de acq. v. a. poss. l. 42 § 1.

mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen succurri aequum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare.

Es sollte hier auf Grund der Übertragung der Prokurator selbst Eigentümer werden, das ergiebt sich aus dem gleich folgenden Vergleiche mit einem andern Falle, wo eine Sache auf dieselbe Weise der Mittelsperson — der Ehefrau — zugewendet werden sollte. Nun ist aber die Ermächtigung dem Prokurator selbst gegenüber widerrufen worden. Gedenkt er dann das Geld für sich zu erwerben — wie es ja ursprünglich beabsichtigt war — so bleibt das Eigentum beim Schuldner zurück. Lenel sieht den Grund darin, daß der Auftrag ihm gegenüber widerrufen ist. Aber davon sagt African nichts. Er bezeichnet vielmehr als Grund lediglich, daß der Prokurator sonst ein furtum begehen würde. Nur durch solche Gründe moralischer Natur — wie Lenel selbst sagt[1]) — wird der Erwerb gehindert.

Aus dem Gesagten geht schon hervor, daß es allerdings sehr oft eines Auftrages bedarf — eben weil in ihm regelmäßig die Erwerbs-Vollmacht erklärt werden wird. Eine sachliche Abweichung ergiebt sich aber in den Fällen, wo die Vollmacht gegenüber dem Dritten erklärt ist. Das wird freilich auch hier nur selten in der Form einer besonderen Erklärung geschehen; vielmehr wird die Erwerbs-Vollmacht hier gewöhnlich in der Empfangs-Vollmacht enthalten sein. Aber es ist eben doch möglich, daß die Vollmacht gegenüber dem Dritten erteilt und wirksam ist, während ein Auftragsverhältnis zwischen dem Herrn und dem Mittler nicht besteht. Dieser kann eine allgemeine Vollmacht zum Erwerbe besitzen, dabei aber weder einen entsprechenden allgemeinen Auftrag, noch im einzelnen Falle eine besondere Weisung erhalten haben. Nach Lenel müßte der Erwerb dann ausgeschlossen sein. Die entgegengesetzte Entscheidung giebt aber Ulpian (d. 39, 5 de don. l. 13): der Prokurator erwirbt, obwohl er von seinem Herrn keinen Auftrag dazu erhalten hat.

Ähnlich liegen die Fälle, wo der Auftrag gegenüber dem Mittler widerrufen, die Vollmacht aber dem Dritten gegenüber in Kraft geblieben ist (§ 170). Hiervon handeln zwei andre Stellen von Julian und Ulpian, d. 46, 3 de solut. l. 34 § 3 und l. 18:

Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum ignorantibus debitoribus administrare negotia mea,

1) S. 102 (anders S. 112); vgl. auch Exner, a. a. O., S. 332; d. eod. l. 34 § 3, l. 18; unten S. 92 ff.

debitores ei solvendo liberabuntur: nam is, qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intellegitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.

..... si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur.

Beiden Stellen ist gemeinschaftlich, daß der Auftrag gegenüber dem Mittler widerrufen ist, daß er aber Vollmacht zum Empfange und daher auch zum Erwerbe hat. Die Entscheidung geht dahin, daß der Schuldner befreit wird — daß also auch, wie man aus l. 38 § 1 eod. schließen muß, das Eigentum dem Herrn erworben wird. Lenel (S. 106 ff.) bestreitet zwar beides: wie in l. 38 § 1 cit. gehe das Eigentum gar nicht über, wenn der Mittler in rechtswidriger Absicht empfange: der Schuldner werde demnach dann auch nur ope exceptionis befreit. Indessen spricht dagegen doch, daß beide Stellen diese Unterscheidung zwischen redlichem und unredlichem Empfange gar nicht erwähnen und auch schlechthin von dem liberari ohne näheren Zusatz reden. Vielmehr muß man m. E. annehmen, daß das Eigentum in diesen Fällen stets übergeht — und zwar auf den Geschäftsherrn selbst. Die Abweichung dieser Entscheidung von der in l. 38 § 1 cit. getroffenen kann allerdings erst später (S. 92) erklärt werden.

Danach ergeben auch diese beiden Stellen, daß der Mangel eines Auftrages den Erwerb nicht hindert, soweit dadurch nicht auch die Erwerbs-Vollmacht beeinträchtigt wird. Es ist nun aber wiederum schwer zu glauben, daß ohne eine solche Innenbeziehung und entgegen der Traditions-Erklärung ein Dritter Eigentümer werden könne, bloß weil er der Gläubiger sei. Damit kommen wir wieder zu dem Hauptpunkte unserer Abweichung von Lenel zurück und zu dem Schlusse, daß die Erwerbsbeziehung nicht allein über die Richtung der Tradition entscheiden kann. Auch Lenels Auffassung ist also m. E. nicht geeignet, für alle Fälle die richtige Entscheidung zu geben. Wohl aber doch für die große Mehrzahl der Fälle. Es ist Lenels großes Verdienst, die Bedeutung des Erwerbsgrundes für die Übertragung zuerst erkannt und gewürdigt zu haben.

II. Erwerbs-Vollmacht.

§ 22. Damit der Eigentumsvertrag für den Dritten wirken kann, dazu bedarf es — wie eben wiederholt erwähnt wurde — auch der Vertretungsmacht zum Erwerbe. Da sie meist auf Rechtsgeschäft beruht und also eine eigentliche Vollmacht ist, können wir sie der Kürze halber Er-

werbs-Vollmacht nennen. Sie ist nicht mit der anderen Vollmacht zu verwechseln, kraft deren der Mittler ermächtigt ist, die Schuldsumme mit befreiender Wirkung zu empfangen: der Empfangs-Vollmacht. Denn es ist zweierlei, ob ich in der Vollmacht über die Tilgung meiner Forderung verfüge oder über einen für mich zu machenden Erwerb. Freilich werden beide Vollmachten — wie gleichfalls schon berührt — fast immer zusammenfallen. Wer einem andern zu empfangen erlaubt, wird auch gestatten, ja meistens dringend wünschen, daß dieser ihm auch das Eigentum erwirbt. Es kann aber auch vorkommen, daß er dem Mittler das Eigentum zuwenden und es selbst unter keinen Umständen haben will. Nehmen wir an, er habe Anspruch auf einen Hund, der verpfändet und obendrein noch mit einer erheblichen Hundesteuer belastet ist. Möglich auch, daß er überhaupt die erhebliche Vermögensgefahr scheut, in die ein jeder, der Tiere hält, nach § 833 gerät. Dann ist es wohl denkbar, daß der Auftraggeber dem Mittler ausdrücklich verbietet, für ihn selbst zu erwerben.

Da die Vollmachten zum Empfang und zum Erwerb gewöhnlich zusammenfallen, wird es nur ziemlich selten vorkommen, daß der Mangel der Erwerbs-Vollmacht den Eigentums-Übergang hindert. Denn der Schuldner wird meistens nur an einen Mittler mit Empfangs-Vollmacht zahlen wollen, weil er nur dann sicher ist, von seiner Schuld befreit zu werden. Zahlt er nun aber doch an einen vollmachtlosen Vertreter, so hängt die Wirksamkeit der Tradition von der Genehmigung des Herrn ab (§ 177). Wenn er genehmigt, so wirkt dies nach § 184 auf den Zeitpunkt der Übertragung zurück.

Eines Eingehens auf die Vorgeschichte bedarf es angesichts dieser klaren Gesetzes-Vorschriften nicht. Nur das möchte ich noch anfügen, daß nach meiner Ansicht hieraus auch der bestrittene Ausspruch des Julian in d. 46, 3 de sol. l. 34 § 7 zu erklären ist.

> Si debitorem meum iussero pecuniam Titio dare donaturus ei, quamvis Titius ea mente acceperit, ut meos nummos faceret, nihilo minus debitor liberabitur: sed si postea Titius eandem pecuniam mihi dedisset, nummi mei fient.

Jemand will dem Titius schenken und beauftragt seinen Schuldner, an Titius zu zahlen. Dies geschieht auch; aber Titius nimmt das Geld aus Mißverständnis[1]) nicht für sich, sondern für den Gläubiger in Empfang. Es handelt sich also um einen Fall, wo der Erwerber die Sache dem Vertreter zuwenden will, diese Zuwendung aber nicht zu stande kommt. Über

1) Lenel S. 104 gegen Schloßmann, Besitzerwerb durch Stellvertreter, S. 81 ff.

die Behandlung dieser Fälle bestand bei den römischen Juristen ein Streit. Julian entschied sie mit anderen dahin, daß das Eigentum beim Veräußerer zurückbleibe (unten S. 92 ff.). Demnach wird zunächst weder der Gläubiger noch auch Titius[1]) Eigentümer. Wie kommt es aber, daß der Schuldner trotzdem befreit ist? Lenel (S. 105) nimmt auch hier — wie in l. 34 § 3, l. 18 eod. — an, daß ihm nur eine exceptio zur Seite stehe. Indessen ist das auch hier nicht angedeutet. Man wird also diese Entscheidung m. E. dahin verstehen müssen, daß der Gläubiger die Geschäftsführung des Titius genehmigen und dadurch den Übergang des Eigentums auf sich herbeiführen kann: und daß darin der Grund zur Befreiung liegt.[2]) Was Lenel (S. 103, 104) hiergegen einwendet, scheint mir nicht überzeugend. Daß Julian die rückwirkende Kraft der Genehmigung nicht ausdrücklich erwähnt, kann doch schwerlich entscheidend sein. Und ebensowenig das Futurum nummi mei fient — denn ihm entspricht das gleiche Tempus im vorhergehenden Satze: debitor liberabitur.

Zweites Kapitel.

Die Übergabe.

I. Unmöglichkeit einer Übergabe an Vertreter.

A. Ausschluß der Vertretung im Besitzerwerb.

§ 23. Das Rechtsgeschäft der Einigung läßt, wie wir auf Grund des § 164 annahmen, eine Vertretung zu. Anders verhält es sich aber mit dem zweiten Erfordernis des Erwerbs, der thatsächlichen Übergabe. Dem Empfänger kann nicht für den Dritten übergeben werden.

Unter Übergabe ist die Verschaffung des Besitzes zu verstehen[3]) — und zwar des unmittelbaren Besitzes, der thatsächlichen Gewalt (§ 854). Es genügt nicht, daß der Empfänger bloßer mittelbarer Besitzer wird.[4]) Denn § 930 bezeichnet es als Ersatz der Übergabe, wenn der Veräußerer dem Erwerber den mittelbaren Besitz zuwendet. Und ebenso ist nach §§ 931, 870 auch die Übertragung des mittelbaren Besitzes nur als Ersatz, nicht

1) Lenel S. 103 gegen Schloßmann, a. a. O., S. 81 ff. und Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht, S. 36 ff.

2) Mitteis, a. a. O., S. 58 ff.; vgl. d. 3, 5 de neg. l. 23 (24).

3) Motive, Bd. 3, S. 334; vgl. § 929².

4) Biermann, a. a. O., S. 72; a. M. anscheinend — vom gesetzgeberischen Standpunkte — Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 368 5).

als Übergabe selbst zu betrachten. Mit diesen Bestimmungen läßt sich m. E. auch die Ansicht Dernburgs[1]) nicht vereinigen. Nach ihr soll die Verschaffung des mittelbaren Besitzes zwar nicht immer als Übergabe anzusehen sein: wohl aber dann, wenn der Erwerber damit einverstanden oder, wie der Mündel, verpflichtet sei, sich die Übergabe an den Besitzmittler gefallen zu lassen. Diese besondere Zustimmung oder Verpflichtung, die Dernburg fordert, wird indessen nach meiner Ansicht immer vorhanden sein, wo überhaupt ein Erwerb nach § 930 oder § 931 stattfindet. Wer sich mit der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses oder einer Abtretung des Anspruchs begnügt, der erklärt damit eben schon, daß er mit der Verschaffung des mittelbaren Besitzes zufrieden sein wolle. Und trotzdem sieht das Gesetz darin keine Übergabe, sondern bloß ihren Ersatz.

Hiernach bedarf es zur wirklichen Übergabe immer der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes — der thatsächlichen Gewalt. Diese kommt aber hier ja immer an den Geschäftsmittler und nicht an den Dritten. Es scheint daher die weitere Annahme nötig zu sein, daß der Geschäftsvertreter durch seine Thätigkeit den Herrn zum Besitzer machen oder ihn gar im Besitze vertreten könne. Zunächst ist es nun durchaus möglich, daß jemand durch seine Handlung einem andern die thatsächliche Gewalt und damit den Besitz verschafft, z. B. indem er Wildfallen aufstellt.[2]) Insbesondere kann er es auch durch ein Rechtsgeschäft bewirken: durch eine Einigung nach § 854 II:

> Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe (des Besitzes), wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

Bei der Einigung kann nämlich außer dem bisherigen Besitzer auch ein anderer als der Erwerber mitwirken. Es liegt dann ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, des Erwerbers, vor, der zulässig ist, weil das Gesetz zum Besitzerwerb nicht notwendig einen Willen erfordert.[3]) Jemand will einen Garten mieten und schickt einen Bevollmächtigten hin, der mit dem Eigentümer den Mietvertrag und zugleich auch die Übertragung des Besitzes an den Mieter vereinbart. Der Mieter erwirbt auf Grund dessen den Besitz. Dazu ist aber nötig, daß er selbst in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben — und nicht etwa der Vertreter. Vielmehr ist die Macht des Mieters ausgeschlossen, sobald ein Dritter besitzt.[4]) Also auch dann,

---

1) Das bürgerliche Recht, Bd. 3, S. 278.
2) Strohal, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 38, S. 71.
3) Strohal, a. a. O., S. 86 ff.; vgl. Biermann, a. a. O., S. 6[2].
4) Strohal, a. a. O., S. 89.

wenn der Vertreter selbst den Besitz erhält und behält. Auch er ist ein dritter Besitzer in dem Sinne, daß er die Einwirkung dem Herrn verbieten kann — wenn er es auch vielleicht nicht darf. Würde der Vertreter in unserem Beispiele den Garten behalten, so wäre auch er Besitzer und nicht der Vertretene. Das angegebene Mittel läßt sich also bei der Übertragung des Eigentums nur dann verwenden, wenn die Herrschaft durch die Tradition nicht dem Mittler erworben, sondern dem Vertretenen zugänglich gemacht wird. Solche Fälle werden aber äußerst selten sein. Denn der Eigentumsvertrag kommt fast stets nur in der thatsächlichen Übergabe zum Ausdruck. Der Vertreter wird die Übertragung fast immer nur dann vereinbaren, wenn er zugleich den Gewahrsam erhält. Die Vereinbarung nach § 854 II hat also für die Tradition an Mittler keine erhebliche Bedeutung. Diese wird aber auch noch dadurch vermindert, daß die Besitzübertragung nach § 854 II hauptsächlich bei Grundstücken in Betracht kommt.

Hat der Vertreter aber die thatsächliche Gewalt bekommen, so ist er auch stets Besitzer. Es giebt nach bürgerlichem Rechte der Regel nach keine Vertretung im Besitze oder — da man diesen Ausdruck angefochten hat[1]) — es ist nicht möglich, eine Sache derart innezuhaben, daß ein anderer als Besitzer gilt.

Ein solches Verhältnis war im römisch-gemeinen Rechte bekanntlich sehr häufig. Die Römer haben bei der Gestaltung ihrer Besitzlehre dem Willen eine erhebliche Bedeutung beigemessen und ferner dem Besitzbegriff etwas von dem Stoffe des zu Grunde liegenden Rechtes beigemengt, den Besitz bei diesem zu Borge gehen lassen.[2]) Als Besitzer gilt danach regelmäßig nur, wer den Willen hat, die Sache als Eigentümer zu haben. Daher giebt es zahlreiche Inhaber, die nicht selbst Besitzer sind. Und zwar nicht nur solche, die im fremden Interesse Sachen haben, wie Beauftragte und Verwahrer, sondern auch die Nutzbesitzer: Mieter, Pächter und Entleiher. Diese römische Besitzlehre erklärt sich wohl hauptsächlich aus dem Umstande, daß die Römer dabei von der — schon in den 12 Tafeln geregelten — Ersitzung ausgingen. Für uns ist der Besitz vor allem als eine Vorbedingung zum Erwerb dinglicher Rechte von Bedeutung. Daher hat sich das Bedürfnis nach einer Umgestaltung dieser Lehre immer dringender gezeigt, nicht am wenigsten in der übergroßen Anzahl der neueren Werke über den Besitz. Diesem Bedürfnisse entspricht durchaus die Besitzlehre, die in der II. Lesung des Gesetzes entstanden ist. Danach bedarf es zum Besitzerwerb nur der Erlangung der thatsächlichen Gewalt (§ 854). Jedenfalls

1) Ihering, Besitzwille, S. 314.
2) d. 41, 2 de acq. v. a. p. l. 49 pr.; Pininski, a. a. O., Bd. 1, S. 27 ff.

bedarf es nicht mehr des Willens, die Sache wie ein Eigentümer zu beherrschen. Die Besitzer, die diesen Willen haben, bilden nur die Unterart der Eigenbesitzer (§ 872). Daneben stehen die Besitzmittler des § 868, die eine Sache als fremde kraft eines Rechtsverhältnisses besitzen. Sie sind selbst Besitzer, und der Eigentümer steht nur als mittelbarer Besitzer neben ihnen. Von solchen Verhältnissen nennt das Gesetz Niesbrauch, Pfandrecht, Pacht, Miete und Verwahrung. Dasselbe soll beim Besitze in einem ähnlichen Verhältnisse gelten, vermöge dessen der Besitzer einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist.

Diese Bestimmung paßt nun vollkommen für den Beauftragten, der eine Sache zum Überbringen erhält. Er ist zum zeitweiligen Besitze der Sache sowohl verpflichtet als auch berechtigt (vgl. § 273 II). Das Verhältnis ist dem des Verwahrers durchaus ähnlich. Also hat der Beauftragte selbst Besitz, und der Auftraggeber ist ein mittelbarer Besitzer.

Etwas zweifelhafter liegt dies bei unserem Falle, wo der Beauftragte die Sache erst von einem Dritten erhalten hat. Zwar ist er offenbar auch hier zum Besitze berechtigt und verpflichtet. Aber Bedenken kann erregen, ob sein Verhältnis ferner auch dem des Niesbrauchers u. s. w. ähnlich ist. Darin liegt ein zweites selbständiges Erfordernis für die Anwendung des § 868. Denn die dort genannten Verhältnisse sind auch einander ähnlich — und zwar noch in einer andern Richtung, als eben der Berechtigung und Verpflichtung zum Besitze. Der Niesbraucher und Pfandgläubiger sind nämlich als dinglich Berechtigte allen Menschen gegenüber zum Besitze der Sache berechtigt. Und doch kann kein Zweifel sein, daß nur der Eigentümer, der das Recht bestellt hat, als mittelbarer Besitzer neben ihnen steht. Es muß daher offenbar noch eine andere Ähnlichkeit zwischen den bezeichneten Verhältnissen bestehen. Strohal[1]) sieht sie darin, daß die Sache dem Inhaber **anvertraut** sein müsse. Dem Wortsinne nach könnte man glauben, es solle damit ein besonderes, nicht bloß rechtliches, sondern auch ethisches Vertrauensverhältnis erfordert werden.[2]) Man braucht aber nur an den Fall des Pfandgläubigers zu denken, um sicher zu sein, daß das nicht der Sinn ist, in dem Strohal das Wort gemeint hat. Vielmehr ist es so zu verstehen, daß der Besitz notwendig grade von dem mittelbaren Besitzer an den Besitz-Mittler gekommen sein müsse. Aus dieser Auffassung zieht Endemann[3]) ausdrücklich die Konsequenz, daß der mittelbare Besitz immer nur

1) Vgl. Strohal, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 38, S. 20 ff.; vgl. auch Biermann, a. a. O., S. 19.

2) Vgl. § 246 St.G.B.

3) Einführung, Bd. 2, S. 126, 127.

durch eine Nachfolge des Besitzmittlers in den Besitz entstehen könne, nie aber originär aus einer Handlung des Mittlers. Das würde die Bedeutung des mittelbaren Besitzes aber außerordentlich vermindern. Der Verpächter eines Gutes wäre nur mittelbarer Besitzer der Sachen, die sich bei der Aushändigung darin befunden haben. Die neu angeschafften könnte er nicht einfordern, wenn sie verloren gingen (§ 869) und insbesondere auch nicht ersitzen. Vor allem aber könnte sich der Pächter nicht auf die Einreden aus dem Rechte des Verpächters berufen, wenn er vom Eigentümer verklagt würde (§ 986). Der Verpächter mietet z. B. für das Gut eine Dampfwalze, die sofort dorthin gebracht wird. Der Vermieter könnte sie jederzeit dem Pächter mit der Eigentumsklage abfordern, ohne daß dieser sich mit dem Hinweis auf das Mietrecht des Verpächters verteidigen könnte. Daraus dürfte wohl klar hervorgehen, daß auch ohne Nachfolge ein mittelbarer Besitz möglich ist — was denn auch Endemann selbst an einer anderen Stelle (S. 162) gelten läßt.

Strohal, auf den sich Endemann beruft, lehnt seine Folgerungen ausdrücklich ab. Vielmehr nimmt er gleichfalls an, daß ein Beauftragter oder Testamentsvollstrecker, der Sachen von einem Dritten empfange, den Auftraggeber oder Erben zum mittelbaren Besitzer mache. Freilich vermag er diese Entscheidungen mit seinem Erfordernis des Anvertrauens nur gezwungen oder gar nicht in Übereinstimmung zu bringen. Nur gezwungen bei dem Fall des Beauftragten: denn die Auffassung, daß dessen Vertretungsmacht den Besitz zugleich als einen ihm vom Herrn anvertrauten erscheinen lasse, ist nicht gerade natürlich. Gar nicht aber in den Fällen, wo der Mittler auf Grund eigenen Rechtes den Besitz erwirbt, wie der Ehemann (§ 1373), der Testaments-Vollstrecker (§ 2205) und der gerichtlich bestellte Verwalter beim Niesbrauch (§ 1052). Ihnen gegenüber hilft sich Strohal lediglich mit der Bemerkung, daß der unmittelbare Besitzer auch hier auf Grund eines dem mittelbaren Besitzer gegenüber wirksamen Rechtsverhältnisses den Besitz erlange, und daß darin die Ähnlichkeit mit der Miete und Pacht liege. Ich halte das für durchaus zutreffend. Nur meine ich, daß Strohal damit sein Merkmal des Anvertrauens aufgiebt. An seine Stelle setzt er ein anderes Erfordernis, daß der Besitzmittler aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben habe. Und diese Verallgemeinerung stellt nach meiner Ansicht die Bestimmung des Begriffes erst völlig richtig. Immer erwirbt der Mittler den Besitz auf Kosten des fremden Vermögens, und immer bringt daher der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer. Dies Opfer ist in den meisten Fällen — Niesbrauch, Pfandrecht — die Überlassung eben dieses Besitzes. Es kann aber auch in einer andern Vermögens-

minderung bestehen, z. B. darin daß er eine Forderung verliert oder eine Schuld erlangt. Das erste liegt vor, wenn der Bevollmächtigte eine Forderung einzieht — das letztere, wenn er eine Sache im Namen des Herrn kauft und sich übergeben läßt. Auch in diesen beiden Fällen liegt also ein Verhältnis nach § 868 vor. Auch hier kann der Beauftragte nicht als Vertreter den Herrn zum unmittelbaren Besitzer machen, sondern er erwirbt den unmittelbaren Besitz für sich, und für den Herrn nur den mittelbaren.

Nicht anders verhält es sich auch mit den gesetzlichen Vertretern.[1]) Hier können die thatsächlichen Verhältnisse freilich so liegen, daß der Vertretene selbst die unmittelbare Gewalt hat — wie der minderjährige Student, der in der Universitätsstadt seine Wohnung hat und darin Bücher, Kleider u. s. w. besitzt. Seine anderen Sachen befinden sich aber vielleicht in der thatsächlichen Gewalt des Vaters. Dann ist der Vater auch selbst als ihr Besitzer zu betrachten. Er besitzt das Vermögen des Kindes — auch das freie — auf Grund seines Verwaltungs- und Nutzungsrechtes (§§ 1649, 1650). Der Sohn ist neben ihm nur mittelbarer Besitzer. Auch der Vormund ist nicht anders gestellt.[2]) Als Besitzdiener kann man ihn nicht betrachten. Das Verhältnis des Kindes zu ihm ist nicht das der Herrschaft, sondern gerade das umgekehrte. Das Vormundschaftsgericht aber hat nur die Aufsicht über seine Thätigkeit zu führen (§ 1837). Auch würde ein Befehlsrecht des Gerichtes noch kein Besitzdienst-Verhältnis begründen, weil nach § 855 derselbe, der sonst Besitzer sein würde, auch befehlsberechtigt sein muß.[3]) Hat der Vormund also das Vermögen in der Hand, so ist er selbst Besitzer. Nur so ist ihm sein Verwendungsanspruch und das Rückhaltungsrecht gesichert, das daraus entspringt (§§ 1835, 670, 273). Für diese Auffassung sprechen auch die Vorschriften, wonach der Vormund Gegenstände an den Mündel überlassen kann (§ 1824) und Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden darf (§ 1805); dies wäre sonst wohl selbstverständlich. Auch findet sich bei der befreiten Vormundschaft (§ 1852 ff.) nicht die Möglichkeit, dem Vormunde den Besitz zuzusprechen — eben weil er ihn mit Erlangung der Gewalt schon von selbst erhält. Endet die Vormundschaft, so ist der Mündel als mittelbarer Besitzer durch den Anspruch nach § 869 gesichert. Eigenartig ist freilich, daß der Erbe des

1) Bartels, a. a. O., S. 668; Biermann, a. a. O., S. 6[1]; abweichend Endemann, a. a. O., Bd. 2, S. 163; Bunsen, Einführung, S. 12.

2) Biermann, a. a. O., S. 19; a. M. (vom gesetzgeberischen Standpunkte) Strohal, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 29, S. 362 Anm. 26.

3) Dernburg, Das deutsche bürgerliche Recht, Bd. 3, S. 48, 49.

Vormundes nicht in das Amt der Vormundschaft nachfolgt. Aber das schließt das mittelbare Besitzverhältnis darum doch nicht aus — wie aus dem Beispiel des unvererblichen Niesbrauches erhellt (§§ 1061, 868). — Endlich ist auch der Vorstand einer juristischen Person selbst als Besitzer ihres Vermögens zu betrachten (§ 26 II). Auch hier ist eine Vertretung im Besitze schlechthin ausgeschlossen.

§ 24. Eine Ausnahme findet sich nur in den Verhältnissen des schon erwähnten § 855.

> Übt jemand die thatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer.

Im Haushalte und Erwerbsgeschäfte findet danach allerdings ein vertretungsähnliches Verhältnis in dem Sinne statt, daß der Inhaber — der Besitzdiener — nicht zugleich auch als Besitzer gilt. Man hat vielfach gemeint, daß mit der Vorschrift nicht eine Ausnahme, sondern nur eine Klarstellung der thatsächlichen Gewalt (§ 854) gegeben werden solle.[1] Aber ich glaube, man kann diesen letzteren Begriff doch wohl kaum so auffassen, daß man z. B. einen Diener, der ganz allein auf Wochen eine Villa bewacht, nicht als thatsächlichen Gewalthaber ansehen dürfte. Danach liegt also in der That wohl eine — sicherlich berechtigte — Ausnahmevorschrift vor. Sie soll nun nach § 855 auch in gewissen anderen Verhältnissen anwendbar sein. Das Gesetz verlangt dazu, daß das Verhältnis dem Haushalt oder Erwerbsgeschäfte ähnlich sei und daß vermöge seiner der Inhaber den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Herrn Folge zu leisten habe. Haushalt und Geschäft ähneln sich nun m. E. eben nur gerade in diesem Punkte, daß sie ein solches Befehlsrecht begründen. Danach wird in Wahrheit nur ein entscheidendes Merkmal erfordert, das Befehlsrecht des Herrn und die entsprechende Gehorsamspflicht des Dieners. Die Begriffe des Befehls und des Gehorsams gehören nicht dem Privatrecht an — oder doch nur dem Familienrechte, das überhaupt dem öffentlichen Rechte nahesteht. Sonst giebt es im bürgerlichen Rechte nur Ansprüche, aber keine Befehlsrechte. Deshalb kann es nicht das privatrechtliche Verhältnis zwischen Herrn und Diener sein, das für die Abgrenzung des § 855 entscheidend ist.[2] Insbesondere ist nicht, wie Bekker[3]) meint, maßgebend, daß der Inhaber danach

1) Vgl. z. B. Endemann, a. a. O., Bd. 2, S. 131.

2) Endemann, a. a. O., Bd. 2, S. 133 gegen Protokolle, S. 3343.

3) Jahrbücher f. Dogmatik, Bd. 34, S. 43; dagegen Wendt, Archiv für die civi-

zur sofortigen Herausgabe verpflichtet sei. Vielmehr ergiebt sich das Befehlsverhältnis, das § 855 erfordert, aus der thatsächlichen Auffassung des Lebens.[1]) Nach ihr beruht die Unterordnung regelmäßig auf socialen Anschauungen, wie Endemann (a. a. O. S. 130 ff.) mit Recht betont. Bezeichnend ist, daß der Inhaber danach einen Eingriff des Herrn in die Inhabung dulden muß, ohne etwa ein Rückhaltungsrecht ausüben zu können. Das trifft außer in den gesetzlichen Beispielen des Haushalts und Erwerbsgeschäftes auch bei den landwirtschaftlichen Arbeitern, den Gesellen eines Handwerkers und den Fabrikarbeitern zu. Ferner aber auch bei Verwandten, die etwa im Haushalte oder Geschäfte aushelfen, betreffs der dazu gehörigen Sachen. Denn auch sie sind bezüglich dieser nach der Lebensauffassung den Anordnungen des Haus- oder Geschäftsherrn unterworfen. Dazu kommen noch die von Endemann nicht genügend berücksichtigten Fälle,[2]) wo das Befehlsverhältnis auf den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes beruht. Auch Soldaten und Beamte haben alles, was sie in ihrer Stellung erhalten, nicht als selbständige Besitzer, sondern nur für den Staat inne. Sie müssen die ihnen überlassenen Waffen, Kleidungsstücke, Akten und Bücher jederzeit herausgeben und können sich gegenüber dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht nicht auf private Gegenrechte berufen. Als Besitzdiener gilt also nach § 855 jeder, der nach der Befehlsordnung der Gesellschaft oder des öffentlichen Rechtes den betreffs der Sache gegebenen Weisungen eines Herrn Gehorsam zu leisten hat.

Endemann, der eine ähnliche Begriffsbestimmung aufstellt, bezeichnet im weiteren Verlaufe seiner Darstellung (S. 135) als Besitzdiener auch einen zur Abholung der Sache bestellten Boten, einen Dienstmann und Gepäckträger. Es muß aber bestritten werden, daß diese Personen schlechthin zum Gehorsam gegen den Auftraggeber verpflichtet seien. Der Dienstmann, der mit dem Abholen betraute Bote, sind gewiß zur Rückhaltung berechtigt, wenn ihnen ihre Auslagen oder Lohnansprüche nicht bezahlt werden. Dies Recht kann ihnen nicht durch Entziehung des Besitzes verkümmert werden, vielmehr können sie sich dann durch Besitzklage helfen.

---

listische Praxis, Bd. 87, S. 65 ff.; Strohal, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 38, S. 12 Anm. 17; Endemann, a. a. O., Bd. 2, S. 134 Anm. 11 II; Biermann, a. a. O., S. 6[1], 19[2]; vgl. auch Bekker selbst S. 44.

1) Protokolle, S. 3340; Strohal, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. 29, S. 357; Bd. 38, S. 9; Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. 3, S. 48 ff.; Biermann, a. a. O., S. 6[1]; vgl. auch Pininski, a. a. O., Bd. 1, S. 127, 147 ff., Bd. 2, S. 229 Anm.; Lenel, a. a. O., S. 91, 92.

2) Vgl. Endemann, a. a. O., S. 134 Anm. 12; auch Biermann, a. a. O., S. 6[1].

Für das Bestehen eines Befehlsrechtes ist eben keineswegs die Beschaffenheit der zu leistenden Dienste oder gar die allgemeine sociale Stellung des Dieners maßgebend; der Fabrikleiter ist nur Besitzdiener, der Dienstmann dagegen Besitzer.

Freilich ist auch nicht ganz sicher, ob Endemann nicht eine andere Ausdehnung des § 855 im Sinne hat. Denn er fügt wenigstens den Beispielen des Dienstmannes und Gepäckträgers hinzu, daß die Gewalt des Herrn erkennbar fortdauern müsse. Auch beruft er sich (A. 14) dabei auf Ausführungen von Strohal (a. a. O. S. 12), die einen anderen Inhalt haben. Strohal will den § 855 nämlich nur auf Fälle ausdehnen, wo die Ausübung der Gewalt jemandem „nur ganz vorübergehend, nur innerhalb bestimmter Schranken und nur unter den Augen, unter der Aufsicht eines . . . Besitzherrn" gestattet ist. Seine Beispiele (S. 11) stellen vollends klar, daß er nur an die Fälle denkt, die Jhering als momentane Detentionsverhältnisse bezeichnet hat. Es leiht jemand dem Nachbarn in der Eisenbahn ein Kursbuch oder — da Unentgeltlichkeit nicht erforderlich ist[1]) — es überläßt der Gastwirt seinen Gästen Zeitungen, Teller und Messer. Hier giebt der Eigentümer freilich nicht den Besitz weg. Aber bezeichnend und erforderlich ist eben, daß dabei stets eine gleichzeitige Aufsicht des Herrn stattfindet.[2]) Und diese Voraussetzung trifft bei dem Boten, der eine Sache abholt, gar nicht und bei dem Dienstmann nur unter Umständen zu, nämlich wenn er die Sachen neben dem Reisenden her trägt. Nur dann ist ihm der eigene Besitz abzusprechen. — Ich halte es übrigens nicht für richtig, das aus § 855 abzuleiten, wie es von vielen geschieht.[3]) Denn die Eigenart dieser Vorschrift besteht m. E. eben darin, daß jemand als Besitzer gilt, der die thatsächliche Herrschaft nicht hat. Nun ist aber bei der sogenannten momentanen Detention doch eine thatsächliche Gewalt des Besitzherrn vorhanden. Der Herr, der unter seinen Augen, unter seiner Aufsicht einen andern die Sache tragen läßt, behält eben dadurch die Gewalt darüber in der Hand.[4]) So fassen auch die Römer die Sache auf.[5]) In

1) Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 358 Anm. 18, 375 Anm. 44; a. M. Jhering, Besitzwille, S. 507, 512 ff., 517 ff. und Baron, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 242 Anm. 1; Bd. 30, S. 220 Anm. 1.

2) Jhering, a. a. O., S. 517 ff.; Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38, S. 11; vgl. Protokolle, S. 3341.

3) Strohal, a. a. O., S. 11 ff.; Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, S. 15; Endemann, a. a. O., Bd. 2, S. 132 Anm. 3, S. 133 ff.

4) Pininski, a. a. O., Bd. 2, S. 252 ff.; Hölder, Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 38, S. 411.

5) d. 41, 2 de acq. vel. a. p. l. 1 § 21.

Anwesenheit des Herrn wird dem Prokurator etwas übergeben; hier wird der Herr unmittelbar Besitzer, und nicht erst durch Vermittlung des andern. Wendet man statt dessen den § 855 an, so verwischt man damit m. E. dessen Bedeutung; man macht aus dem Besitzdiener, an den das Gesetz denkt, einen bloßen unselbständigen Inhaber.[1]) Allerdings wird auch dort ein thatsächlicher Einfluß des Herrn auf die Sache geschützt, aber eben nur ein solcher, der sich aus einem Befehlsverhältnisse ergiebt. Die praktische Bedeutung des Gegensatzes ist freilich ziemlich gering. Sie zeigt sich bei der Frage, wie weit der Dienstmann, der den Koffer neben mir trägt, Selbstschutz (§ 859) ausüben darf. Auch nach der hier vertretenen Ansicht ist er dazu berechtigt, aber nur im ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrage des Herrn.[2]) Der Gepäckträger läuft einem Manne nach, der meinen Schirm aus Versehen mitnimmt, obwohl ich es ihm — etwa wegen großer Eile — ausdrücklich verbiete. Sein Angriff auf den Dritten ist dann nicht nur pflichtwidrig gegen mich, sondern auch diesem gegenüber unberechtigt. Nach der entgegengesetzten Auffassung würde er aus eigenem Rechte zur Nacheile befugt sein (§ 860) — und das ist schwerlich zweckmäßig.

B. Unzulässigkeit einer Änderung durch Rechtsgeschäft.

§ 25. Abgesehen von dieser Ausnahme nach § 855 ist also im Gesetze eine Vertretung im Besitze nicht vorgesehen. Es bleibt indessen noch die Frage, ob gegenüber dieser Ordnung des Gesetzes nicht etwas anderes durch Privatwillkür vereinbart werden darf, ob die Parteien nicht doch eine Vertretung im Besitze möglich machen können. Diese Frage ist m. E. zu verneinen. Zu derselben Ansicht sind auch alle Schriftsteller gelangt, die sich bisher darüber geäußert haben.[3]) Trotzdem scheint es mir erforderlich, genauer auf die Frage einzugehen. Denn sie ist doch wohl nicht so unzweifelhaft. In der II. Kommission herrschte allerdings gleichfalls die eben ausgesprochene Ansicht vor. In den Protokollen findet sich (S. 3344) die Bemerkung, daß eine Vertretung nur noch nach § 797 a (855) vorkommen könne. Ebenso führt die Mehrheit an anderen Stellen aus, daß eine Vertretung nicht zulässig sei (S. 3734), daß grundsätzlich als Besitzer gelte, wer die thatsächliche Gewalt habe (S. 3340). Aber es steht dem auch wieder die Äußerung einer Minderheit entgegen, die ein Vertretungsverhältnis

1) Vgl. Bekker, Jahrb. f. Dogm., Bd. 34, S. 42 — anderseits Strohal, ebenda, Bd. 38, S. 13.

2) Vgl. Protokolle, S. 3360.

3) Endemann, a. a. O., Bd. 2, S. 161 ff.; Strohal, a. a. O., S. 71; Bartels, a. a. O., S. 665; Dernburg, a. a O., S. 61 ff.; Biermann, a. a. O., S. 6[2].

im Besitze anerkennen will (S, 3359). Danach hat über die Frage in der Kommission Streit geherrscht. Dies ist mir durch eine gütige Mitteilung von Exc. Planck bestätigt worden — der sich selbst stets gegen die Vertretung ausgesprochen hat. Die Verhandlungen der Kommission unterstützen also die Annahme, daß die Vertretung unzulässig sei: sie zeigen aber gleichzeitig auch, wie zweifelhaft die ganze Frage ist.

Im Gesetze selbst ist keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthalten. Der § 801 des I. Entwurfes, der die Vertretung zuließ, ist in der II. Lesung gestrichen worden. Erhebliche Folgerungen wird man daraus allein nicht ziehen können. Anderseits scheint für die Möglichkeit einer Besitzvertretung der § 164 zu sprechen, der die Vertretung im allgemeinen zuläßt. Aber die Vorschrift bezieht sich zunächst nur auf Willenserklärungen — und der Besitzerwerb ist eine andere Rechtshandlung oder, wie man neuerdings gern sagt, eine Bethätigung oder Verwirklichung des Willens.[1]) Bei mehreren solcher Handlungen ist eine Vertretung statthaft, so jedenfalls bei der Verarbeitung (§ 950). Aber daraus ist nicht zu schließen, daß das bei allen der Fall sein müsse. Bei der Begründung eines Wohnsitzes ist eine Vertretung gewiß nicht zuzulassen. Freilich ist der Wille des gesetzlichen Vertreters für die subjektive Willensrichtung insoweit maßgebend, als ohne ihn der Wohnsitz nicht begründet werden kann (§ 8). Aber dazu muß noch die objektive Thatsache der Niederlassung kommen, und dabei ist eine Vertretung m. E. nicht möglich. Dieser Fall zeigt sogar eine gewisse Ähnlichkeit mit dem des Sachbesitzes.

Nun könnte man freilich einwenden, das sei eine ganz einzelne Ausnahme, während zahlreiche andere gleichstehende Handlungen eine Vertretung zuließen. Lenel (S. 12) führt eine ganze Reihe von Handlungen auf, bei denen eine Vertretung vorkommen kann. Aber es muß bezweifelt werden, ob darunter nicht auch eigentliche Willenserklärungen (Rechtsgeschäfte) sind. Ihre Abgrenzung von den anderen Handlungen ist streitig. Hellmann will von den Willenserklärungen alle Äußerungen ausschließen, die nicht empfangsbedürftig sind (a. a. O. S. 59 ff.). Aber aus §§ 116 und 117 erhellt aufs deutlichste, daß es auch „Willenserklärungen“ giebt, die nicht einem andern gegenüber abgegeben zu werden brauchen. Und dann sieht sich Hellmann genötigt, sogar die Errichtung eines Privattestamentes als eine Willensverwirklichung zu bezeichnen (S. 62), während sie doch offenbar allen Vorschriften für Erklärungen (§§ 104 ff.) unterliegt. — Aus dem-

1) Hölder, Pandekten, S. 216 ff.; Lenel, a. a. O., S. 2 ff.; Hellmann, Vorträge zum bürgerlichen Gesetzbuch, S. 59 ff.

selben Grunde scheint es mir unmöglich, schlechthin alle stillschweigenden Äußerungen von den Willenserklärungen auszuschließen. Außerdem wird eine derartige Willens-Bethätigung auch sehr oft mit einer Erklärung zusammenfallen.[1]) — Daher scheint Lenel nur solche Äußerungen hierher rechnen zu wollen, die gleichzeitig als stillschweigend und als nicht empfangsbedürftig zu betrachten sind, wie z. B. die Annahme einer Erbschaft. Auch diese möchte ich aber mit zu den Rechtsgeschäften rechnen. Läßt das Gesetz doch auch eine Anfechtung der Erbschaftsannahme wie bei Rechtsgeschäften zu (§ 1954), und diese Anfechtung, die gleichzeitig als Ausschlagung gilt (§ 1957), ist deshalb selbst als Rechtsgeschäft zu betrachten. — Man muß daher m. E. ein anderes Merkmal zur Abgrenzung der Willenserklärungen aufsuchen. Ich sehe es mit der herrschenden Meinung darin, daß der Handelnde nur bei ihr den Willen äußert, mit Hülfe der Rechtsordnung einen Erfolg zu erreichen. Er mag im unklaren darüber sein, wie die Rechtsordnung eingreift, aber daß sie irgendwie mitwirken soll, das will er doch. Bezeichnend ist der Appell an die Rechtsordnung, der in seiner Handlung liegt. Danach beziehen sich die meisten der angeführten Vertretungsbeispiele nur auf eigentliche Rechtsgeschäfte, so daß sie auf die Rechtshandlung des Besitzerwerbes keinen Rückschluß gestatten. Man wird mithin soviel sagen können, daß sich aus allgemeinen Vorschriften und Rechtssätzen, wenn auch nichts gegen, so doch nichts für die Möglichkeit einer Besitzvertretung entnehmen läßt.

Es ist daher ein Rückblick auf die Vorgeschichte des Gesetzes geboten. Das römische Recht, das eine Vertretung im Besitze zuließ, dürfen wir nur mit Vorsicht benutzen. Schon deswegen, weil der Besitzerwerb nach ihm stets einen Willen erforderte, und die Vertretung deshalb dringend notwendig war. Durch die neue Gestaltung des Besitzrechts ist schon dies Bedürfnis bedeutend vermindert worden. Dagegen läßt sich das alte deutsche Recht hier um so eher verwerten, als es auch sonst in wichtigen Punkten die Grundlage des neuen deutschen Besitzrechts bildet. Es läßt grundsätzlich keine Vertretung im Besitze zu. Nur in gewissen Verhältnissen erkennt es neben der „lediglichen" Gewere des Verwalters, Lehnsvormundes und Hausgenossen eine „hebbende" Gewere des Herren an.[2]) Maßgebend dafür ist allein das Rechtsverhältnis oder die Hausangehörigkeit des Inhabers.[3]) Danach steht die hebbende Gewere dem in §§ 868 und 855 anerkannten Besitze des Herrn sehr nahe. Das rechtfertigt die Vermutung, daß eben

1) Enneccerus, Das Bürgerliche Recht, Bd. 1, S. 153.
2) Heusler, Gewere, S. 120 ff.
3) Heusler, a. a. O., S. 149.

auch nach neuem deutschen Rechte nur in diesen Fällen ein solches vertretungsähnliches Verhältnis vorkomme.

Diese Vermutung bestärkt ein Blick auf die neue deutsche Wissenschaft, die wohl in noch höherem Maße als Vorarbeiterin des neuen Besitzrechts betrachtet werden kann. Dies ist glücklicherweise nicht ganz willkürlich und plötzlich erfunden worden, sondern die wissenschaftliche Arbeit hat es seit längerer Zeit vorbereitet und den eigentlich wirksamen Anstoß zur Fortbildung des Rechts gegeben. Weitaus das größte Verdienst daran hat Jhering, der das Werk der Neuarbeit in seinem Buche über den Besitzwillen begonnen oder doch energisch aufgenommen hat. Er schlug darin vor (S. 503 ff., 510 ff.), die Nutzinhaber als Besitzer anzuerkennen und daneben nur einige besondere Detentionsverhältnisse zu belassen. Dazu rechnete er — neben der häuslichen und momentanen Detention — freilich noch das prokuratorische Verhältnis. Aber er sah sich doch auch schon genötigt, dabei eine sonderbare positive Ausnahme — für den Fall des Hausfriedensbruchs — zu machen. Weiter gingen dann Baron und besonders Strohal, dessen Ausführungen unverkennbar einen erheblichen Einfluß auf die Gestaltung des Gesetzes gehabt haben. Sie und ihre Mitkämpfer schließen von dem Besitze nur die „unselbständigen" Inhaber aus, die im wesentlichen den Besitzdienern des § 855 entsprechen.[1])

§ 26. Vor allem aber fehlt es durchaus an einem Mittel, das es dem Gewalthaber ermöglichen könnte, sich zum Besitzvertreter eines andern zu machen. Nach römischem und gemeinem Recht sah man es in dem Willen des Inhabers, für den andern zu besitzen. Diese Auffassung und überhaupt die übergroße Betonung des Besitzwillens ist von Jhering und andern lebhaft bekämpft worden — freilich bei der Lage unserer Quellen[2]) wohl schwerlich mit Erfolg. Indessen ist nach bürgerlichem Rechte m. E. eine andere Beurteilung geboten. Hier darf man dem inneren Willen des Besitzers eine solche Bedeutung nicht mehr beimessen. Er kann nur insofern in Betracht kommen, als er eben zur Herstellung der thatsächlichen Gewalt (§ 854) nötig ist. So ist der Besitzer eines Parkes durchaus nicht stets Besitzer aller darin befindlichen Sachen (§ 867). Er wird oft gerade da-

1) Baron, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 238 ff., Bd. 30, S. 220; Strohal, ebenda, Bd. 29, S. 357 ff., Bd. 31, S. 2 ff.; vgl. auch Pininski, a. a. O., S. 231 ff.; Bekker, Jahrb. f. Dogm., Bd. 30, S. 325, 326; abweichend Hirsch, Prinzipien des Sachbesitzerwerbes, S. 728 ff; Bähr, Jahrb. f. Dogm., Bd. 26, S. 293 und die Zusammenstellung, Bd. 3, S. 54 ff. genannten.

2) Vgl. z. B. d. 41, 2 de acq. l. 1 § 20; auch d. 10, 4 ad exh. l. 5 pr. und dazu Riccobono, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 80, S. 124.

durch Besitz erlangen, daß er erfährt, wo die Sache liegt, und sie zu behalten beschließt. Dagegen ist es anderseits möglich, ohne Wissen und Wollen Besitz zu erwerben — z. B. an Sachen, die jemand in einer Wohnung in Abwesenheit des Herrn abgiebt oder im Restaurant in einen an der Wand hängenden Überzieher steckt.[1]) Darin mit Dernburg (a. a. O., S. 54 ff.) eine bloße Nebenform des Besitzes zu sehen, scheint mir auch nicht angängig. Um so weniger, als die Besonderheit, die von ihr gelten soll, m. E. bei jedem Besitze platzgreift: daß man ihn nämlich nicht durch den bloßen Willen aufgeben kann (§ 856). Die Entbehrlichkeit eines rechtsgeschäftlichen Willens zeigt sich auch darin, daß Kinder und Geisteskranke Besitz erwerben können, wenn sie thatsächlich zur Ausübung der Gewalt im stande sind.[2]) Ohne Bedeutung erscheint mir der Einwand, den Endemann (S. 155) dagegen aus dem von ihm selbst erst aufgestellten Begriffe der Verkehrsfähigkeit erhebt.

Wie der Wille also nicht mehr unbedingte Voraussetzung des Besitzerwerbes ist, so vermag er auch nicht, dem Erwerbe die Richtung auf eine bestimmte Person zu geben. Das zeigt eine Betrachtung der beiden Verhältnisse des Gesetzes, die auf einen verwandten Erfolg abzielen: der Besitzmittlung (§ 868) und der Besitzdienerschaft (§ 855). Bei beiden ist es nicht der Wille, der die Beziehung zu dem andern herstellt, sondern lediglich ein objektives Merkmal. Dies bedarf indessen wohl noch eines näheren Nachweises.

Die Besitzmittlung zunächst beruht auf der Grundlage einer thatsächlichen Macht, die durch ein Rechtsverhältnis vermittelt wird. Wie das alte deutsche Recht die hebbende Gewere als eigentlichen Besitz behandelte[3]), so hat auch der mittelbare Besitz wahre Besitznatur.[4]) Er beruht nicht auf einer bloßen Fiktion[5]), sondern auf der thatsächlichen Gewalt, die auch dem mittelbaren Besitzer neben dem Mittler eigen ist. Diese Macht ist eine thatsächliche Erscheinung in kultivierten Ländern. Der Druck der Rechtsordnung verschafft nicht nur dem unmittelbaren Gewalthaber der Sache eine

1) Protokolle, S. 3333 ff.; Strohal, a. a. O., S. 73; Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, S. 16; Biermann, a. a. O., S. 3 ff.; vgl. Allg. Landrecht I, 7 §§ 138, 141; a. M. Endemann, a. a. O., S. 160 in Anm. 12; vgl. S. 158 Anm. 5.

2) Denkschrift, S. 109; Strohal, a. a. O., S. 75, 76; Biermann, a. a. O., S. 4; a. M. Dernburg, Persönliche Rechtsstellung nach dem B.G., S. 12 ff.; Endemann, a. a. O., S. 154 ff.; vgl. auch Protokolle, S. 3343.

3) Heusler, Gewere, S. 144; Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, S. 198 Anm. 27.

4) Strohal, a. a. O., S. 17 ff.; Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, S. 7; vgl. Endemann, a. a. O., S. 124 ff.; a. M. Protokolle, S. 3946.

5) So Bartels, a. a. O., S. 667 ff.

Beachtung ihrer Herrschaft, sondern auch ihren über ihnen stehenden Gewalturhebern. Deren Macht beruht auf dem Rechtsverhältnis, das die beiden bezüglich der Sache verbindet. Ein solches Verhältnis, vermöge dessen der Gewalthaber dem andern gegenüber zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, muß also unbedingt vorhanden sein: es bildet die feste Grundlage für die Besitzmittlung. Freilich nicht in dem Sinne, daß ein rechtlich gültiges Verhältnis vorliegen müsse.[1]) Wer von einem Wucherer genötigt wird, ihm ein Grundstück für ein geringes zu verpachten, ist mittelbarer Besitzer. Es entspricht dies dem alten deutschen Recht[2]) und der Besitznatur des Verhältnisses: auch das fehlerhafte Geschäft bildet eine thatsächliche Grundlage für den mittelbaren Besitz.

Bedarf es hiernach zur Mittlung eines Rechtsverhältnisses, so kann dies nicht durch den bloßen Willen ersetzt werden. Dazu ist der Wille schon deshalb ganz ungeeignet, weil er der steten Wandlung unterliegt. Jemand, dem sein Onkel eine Bibliothek schenkweise übergiebt, erklärt, daß er sich stets nur als Vertreter des Schenkers im Besitze betrachten wolle. Dadurch erwirbt der Onkel nicht den mittelbaren Besitz — eben weil seine Macht doch noch völlig von der Fortdauer des guten Willens abhängig ist. Anders, wenn der Neffe die Schenkung nicht hat annehmen wollen und sich nur den Nießbrauch an den Büchern hat einräumen lassen: hier besteht die feste Beziehung, die den mittelbaren Besitz schafft.

Ebenso kann es auch beim Funde für den mittelbaren Besitz des Verlierers nichts ausmachen, ob der Finder die Absicht hat, für den unbekannten Verlierer zu erwerben.[3]) Von Bedeutung ist es nur, wenn der Finder etwa mit dem Aufsuchen der Sache beauftragt oder als gesetzlicher Vertreter betraut ist[3]) — nicht aber sein bloßer Wille. Daher darf die ganze Frage nach dem mittelbaren Besitz des Verlierers ohne Rücksicht auf den Willen nur einheitlich bejaht oder verneint werden. Für die erstere Ansicht entscheiden sich Wendt und Bartels[4]) unter Berufung darauf, daß der Finder nach § 966 zur Verwahrung der Sache verpflichtet ist. Gegen diese Annahme haben sich bereits mehrere Schriftsteller gewendet.[5]) Ich halte ihre Entscheidung für richtig, aber ihre Gründe für unzureichend. Zunächst

---

1) Protokolle, S. 6069 ff.; Gierke, a. a. O., S. 7 Anm. 15; Biermann, a. a. O., S. 19; a. M. Wendt, a. a. O., S. 45; Bartels, a. a. O., S. 659.

2) Stobbe-Lehmann, a. a. O., Bd. 2, S. 198 Anm. 27.

3) Strohal, a. a. O., S. 24.

4) Wendt, a. a. O., S. 62; Bartels, a. a. O., S. 659 ff., 669.

5) Gierke, a. a. O., S. 7; Strohal, a. a. O., S. 24 ff.; Endemann, a. a. O., S. 126 ff.; Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, S. 14; Biermann, a. a. O., S. 19.

meint Gierke (a. a. O., S. 7 Anm. 15), daß es an der thatsächlichen Sachherrschaft des Verlierers fehle. Nimmt man aber an, daß dieser den Fund erfährt und etwa nur noch mit dem Finder über die Höhe des Finderlohnes verhandelt: so steht er ihm thatsächlich nicht anders gegenüber, als ein Auftraggeber: es fehlt eben nur das rechtliche Band. — Ebensowenig scheint mir die Bemerkung Strohals (a. a. O., S. 25) zu genügen, daß der Finder nach § 180 nicht ohne Vollmacht den Verlierer beim Besitzerwerbe vertreten könne. Nicht sowohl deshalb, weil der Besitzerwerb nur eine Rechtshandlung ist — wohl aber, weil § 868 zum mittelbaren Besitze nicht eine Vollmacht verlangt, sondern vielmehr ein Verpflichtungsverhältnis, wie etwa einen Auftrag.[1]) Wer mit Vollmacht, aber ohne Auftrag Besitz erlangt, kann den Vollmachtgeber nicht zum mittelbaren Besitzer machen. — Strohal giebt seiner Ansicht freilich noch eine tiefere Begründung: das Verhältnis des Finders sei dem des Nießbrauchers und Mieters nicht ähnlich, weil der Besitz ihm nicht vom Verlierer anvertraut sei (S. 22 ff.). Wir sahen oben, daß in dieser Ansicht Strohals, wonach es eines Anvertrauens bedarf, ein richtiger Kern steckt. Aber wir glaubten sie dahin richtig stellen zu müssen, daß es genüge, wenn der Besitz aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzes in das des Mittlers gekommen sei. Danach ist sie jedoch nicht mehr geeignet, das zu beweisen, wozu sie von Strohal aufgestellt ist: nämlich daß der Verlierer kein mittelbarer Besitzer sei. Denn auch der Finder hat den Besitz ja aus dem Vermögen des Verlierers erhalten.

Reichen alle diese Gründe nicht aus, so läßt schon die unbefangene Betrachtung die entgegengesetzte Ansicht als unnatürlich erscheinen, sodaß der Wunsch, sie zu widerlegen, gewiß gerechtfertigt ist. Aber dazu bedarf es ja auch gar nicht jener Ausführungen, sondern nur eines Blickes in den § 966, der die einzige Grundlage der gegnerischen Beweisführung bildet. Hier heißt es:

Der Finder ist zur Verwahrung der Sache verpflichtet.

Daß er zum Besitze verpflichtet sei, wie § 868 erfordert, ist damit durchaus nicht gesagt. Vielmehr braucht sich der Finder seiner Verwahrungspflicht keineswegs durch Besitzen zu entledigen. Er kann die Sache weitergeben — was bei der eigentlichen Verwahrung im Zweifel ausgeschlossen ist[2]) — verstecken oder auch an die Polizei abliefern (§ 967). Er ist also nicht zum Besitze verpflichtet. Man wende nicht ein, daß damit auf eine unerhebliche Äußerlichkeit Gewicht gelegt werde. Denn die Pflicht zum

1) Vgl. auch Endemann, a. a. O., S. 126 Anm. 7 II.
2) Biermann, a. a. O., S. 99; vgl. § 691.

Besitze ist neben dem Recht zum Besitze ein wichtiges Merkmal des mittelbaren Besitzes. Es giebt viele Fälle, wo jemand zur Aufbewahrung einer Sache für einen andern, aber nicht zum Besitze, verpflichtet ist — z. B. der Verkäufer und der Schenker bis zur Übergabe. Sie sind zweifellos keine Besitzmittler.[1]) Ja, es ist sogar auch möglich, daß der Verwahrungspflichtige nicht einmal berechtigt zum Besitze ist, wie der Wächter eines Hauses, der Banquier, der Stahlkammern vermietet. Sollte man sie als Besitzmittler gelten lassen, so müßten sie sich den dazu erforderlichen unmittelbaren Besitz erst durch eine Rechtswidrigkeit verschaffen. Daraus erhellt, daß die Berechtigung oder Verpflichtung des Mittlers grade auf den Besitz der Sache gerichtet sein muß. Auch dies erklärt sich aus der Besitznatur des mittelbaren Besitzes. Zur Herstellung des nötigen thatsächlichen Bandes zwischen dem Herrn und der Sache ist nur ein solches Verhältnis geeignet, das eine Besitzbeziehung zwischen den Parteien begründet. Mittelbarer Besitzer einer Sache ist also nur der, auf dessen Kosten sie in den Besitz eines auf Zeit zum Besitze Berechtigten oder Verpflichteten gelangt ist.

§ 27. Wie der Wille allein nicht ausreicht, um mittelbaren Besitz zu schaffen, so ist er ferner dazu auch nicht erforderlich. Erhält jemand den Besitz als Pächter oder Nießbraucher, so wird er Mittler, ohne daß es auf seinen abweichenden innern Willen ankommen könnte.[2]) Insbesondre wird der Ehemann, der auf Rechnung des eingebrachten Gutes für sich erwerben will, nach § 1381 auch gegen seinen Willen Besitzmittler. Das gleiche gilt auch für das Fortbestehen des mittelbaren Besitzes. Er kann durch den bloßen Willen des Mittlers — auch wenn er erklärt ist — nicht beendet werden. Darauf ist näher einzugehen, weil die meisten Schriftsteller andrer Meinung sind.[3]) Insbesondre sieht Strohal in einer solchen Erklärung die Entkräftung der thatsächlichen Macht, die dem mittelbaren Besitzer zusteht. Allerdings ergiebt sich ja nun aus der Besitznatur des mittelbaren Besitzes, daß er aufhört, wenn die ihm zu Grunde liegende thatsächliche Herrschaft ein Ende findet. So regelmäßig dann, wenn der unmittelbare Besitz, der seine Grundlage bildet, beendigt wird.[4]) Die römische Ausnahme, wonach der Verrat des Mittlers den Besitz des Herrn nicht zerstören konnte[5]), ist vom Gesetz nicht aufgenommen und damit stillschweigend beseitigt worden.

---

1) § 930; Strohal, a. a. O., S. 19 Anm. 26.

2) Dernburg, a. a. O., S. 44.

3) Strohal, a. a. O., S. 111 ff.; Gierke, a. a. O., S. 7 Anm. 15; Endemann, a. a. O., S. 130 Anm. 23 II.

4) Vgl. aber auch Dernburg, a. a. O., S. 65; Biermann, a. a O., S. 20[4].

5) Pininski, a. a. O., Bd. 2, S. 85 ff.

Beim Fortdauern des unmittelbaren Besitzes erlischt der mittelbare nicht aber schon dadurch, daß der Mittler sich auflehnt, d. h. den Willen kundgiebt, sich die Sache aneignen zu wollen. Auch in Rom genügte nach der richtigen Ansicht diese Willensäußerung nicht, um dem Vertreter Besitz zu verschaffen. Es bedurfte vielmehr in der Regel einer Besitzergreifung, einer thatsächlichen Verwirklichung des Aneignungswillens.[1]) Ebenso verhält es sich im alten deutschen Recht.[2]) Dasselbe ist daher auch für das bürgerliche Recht anzunehmen.[3])

Will man statt dessen die bloße Willkür des Mittlers über die Fortdauer des mittelbaren Besitzes entscheiden lassen, so schädigt man den mittelbaren Besitzer aufs schwerste. Dies um so mehr, als er sich gegen die Anmaßung nicht einmal immer verteidigen kann. Wenn der Mieter von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht, so kann der Vermieter Unterlassung (§ 550) oder auch Herausgabe der Sache fordern (§§ 553, 556; vgl. §§ 604, 605, 691). Tritt aber die Auflehnung nur in Erklärungen des Mieters hervor, so ist der Vermieter dagegen wehrlos. Eine Klage auf Feststellung des mittelbaren Besitzes würde ihm nicht zustehen, eben weil dieser Besitz ja schon beendet ist. Danach könnte er nur allenfalls auf Feststellung des Mietverhältnisses klagen. Aber das Urteil würde den Mieter doch nicht hindern können, nun doch in seiner Auflehnung zu beharren. Denn der Richterspruch kann zwar eine Willenserklärung ersetzen, nicht aber einen Willensinhalt. Käme es also wirklich auf den Willen des Mittlers an, so würde er trotz seiner Verurteilung alleiniger Besitzer bleiben. Jedenfalls aber könnte er sich sofort darnach wieder auflehnen. Der mittelbare Besitzer würde mithin durch die Auflehnung des Mittlers seine Besitzstellung unwiederbringlich verlieren. Und damit zunächst den Schutzanspruch nach § 869, der gerade nur in solchen Fällen von Wert sein kann: ferner den Anspruch aus Besitzverlust (§ 1007), der ausgeschlossen ist, wenn der Mittler den Besitz aufgegeben hat. Endlich würde gegen die Ersitzung jederzeit eingewandt werden können, daß ein Mittler, etwa ein Verwahrer, einmal die Herausgabe verweigert habe. Auch das Mittel des § 940 II könnte hier nichts helfen — eben weil der mittelbare Besitzer gegenüber der Auflehnung gar keine Klage hat.

Die Ansicht der Gegner führt also zu einer unvermeidlichen Schädigung des mittelbaren Besitzers. Ferner spricht gegen sie, daß noch nicht einmal

---

1) Pininski, a. a. O., Bd. 2, S. 70 ff., 82 ff., 85 ff., 99; Scheurl, a. a. O., S. 158 ff.; abweichend Motive, Bd. 3, S. 108.

2) Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 165.

3) Dernburg, a. a. O., S. 44; Biermann, a. a. O., S. 20[4].

die thatsächliche Verwirklichung des Aneignungswillens immer den mittelbaren Besitz beendigen kann.[1]) Die Herrschaft des mittelbaren Besitzers ist inhaltlich beschränkt; sie ist aber eben deshalb auch elastischer und giebt manchen Angriffen nach, die den unmittelbaren Besitz zerstören würden. Nur solche Thatsachen können sie vernichten, die gerade in ihren Bereich eingreifen. Im wesentlichen deckt sich die thatsächliche Macht des mittelbaren Besitzers mit der Möglichkeit, die Herausgabe der Sache an den Mittler zu fordern, wenn sie ihm abhanden gekommen ist. Solange der Mittler sie noch hat, ist es also nur eine Zukunftsmacht. Auch sie kann freilich schon durch gegenwärtige Handlungen beeinträchtigt werden: wenn der Verwahrer von Wertpapieren z. B. damit nach Amerika durchgeht und dem Hinterleger dadurch auch die Hoffnung auf eine künftige Einwirkung abschneidet. Anders verhält es sich jedoch mit den Störungen, die der Mittler lediglich durch unberechtigte Benutzung der Sache begeht. Gegen sie kann sich der mittelbare Besitzer zwar wehren — aber nicht kraft seiner Besitzstellung. Denn die Besitzansprüche des mittelbaren Besitzers greifen nicht gegenüber dem Mittler durch.[2]) Für diese Ansicht sprechen neben dem Vorbilde des alten Deutschen Rechtes[3]) und der erheblichen Analogie des § 866 auch praktische Gründe. Es kann einem Verpächter beispielsweise nicht freistehen, die Nutzung des Pächters durch eine Besitzklage zu stören, bei der die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Ausübung umgangen wird. Danach liegt in einer solchen vertragswidrigen Benutzung aber auch nur ein Eingriff in die Rechts-, nicht in die Besitzstellung des Verpächters. Dieser setzt vielmehr stets voraus, daß durch den rechtswidrigen Gebrauch die Zukunftsmacht des mittelbaren Besitzes beeinträchtigt werde.

Es gilt das selbst dann, wenn der untreue Mittler die Sache sogar durch Vermietung oder Verpachtung aus der Hand gegeben und nur den mittelbaren Besitz zurückbehalten hat. Auch in der Weitergabe ist noch nicht immer eine Störung des ersten Besitzers zu sehen. Die thatsächliche Stellung des ersten Vermieters wird durch Aftervermietung vielfach gar nicht beschränkt, mag sich auch der Mieter dabei etwa als Eigentümer auf-

---

1) Vgl. Laband, a. a. O., S. 165.

2) Ihering, Besitzwille, S. 516; Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 29, S. 375 ff.; S. 392 § 4; Wendt, a. a. O., S. 59 ff. (vgl. Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 74, S. 139 ff.); Endemann, a. a. O., Bd. 2, S. 128; vgl. Stobbe-Lehmann, a. a. O., Bd. 2, S. 200; a. M. Bekker, Jahrb. f. Dogm., Bd. 34, S. 68; Gierke, a. a. O., S. 7 Anm. 15; vgl. Schuppe, Das Recht des Besitzes, S. 84 ff.

3) Heusler, Gewere, S. 132; Laband, a. a. O., S. 165; vgl. freilich auch Gierke, a. a. O., S. 10 Anm. 22.

gespielt haben. Der erste Vermieter bleibt mittelbarer Besitzer. § 871 bestimmt ausdrücklich, daß der mittelbare Besitz fortbesteht, wenn der Mittler zugleich einem andern gegenüber mittelbarer Besitzer ist. Daß dies nur für solche Fälle gelten solle, wo der Mieter etwa die Rechte seines Vermieters bei der Aftervermietung gewahrt habe, davon sagt das Gesetz nichts. Vielmehr vermittelt der Mieter auch wider seinen Willen den Zusammenhang zwischen dem Vermieter und seinem Aftermieter — in ähnlicher Weise, wie er einen unmittelbaren Herausgabeanspruch zwischen den beiden vermittelt.[1]) Zwar wird zwischen ihnen regelmäßig keine Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze bestehen, aber der § 871 erklärt dies eben hier auch für unnötig. Erst wenn die Kette der obligatorischen Verhältnisse abreißt,[2]) muß der mittelbare Besitz erlöschen. Zu ähnlichen Entscheidungen kommen aus praktischen Gründen auch die Römer. Danach behält ein Verpächter und Vermieter den Besitz auch dann, wenn ihr Pächter oder Mieter die Sache anderweit verpachtet, und selbst dann, wenn er sie verkauft und darauf mietweise zurückbehält.[3])

Wenn nun nicht einmal solche thätliche Eingriffe die Macht des mittelbaren Besitzes beeinträchtigen können, so doch gewiß noch weniger eine bloße Willensäußerung des Mittlers. Man wird nun vielleicht aber noch einwenden, der sich auflehnende Mittler könne schon deswegen nicht mehr Mittler bleiben, weil er ja Eigenbesitzer sei. Daß er dies ist, muß allerdings wohl zugegeben werden; er würde sich z. B. den Ansprüchen nach § 836 nicht entziehen können. Aber der Einwand würde auch auf der weiteren Annahme beruhen, daß jemand nicht zugleich Eigenbesitzer und Besitzmittler sein könne, und diese Annahme ist unrichtig.[4]) Vielmehr findet sich beides vereinigt jedenfalls in der Person des Eigentümers, der zugleich zum Niesbrauch-Verwalter bestellt ist (§ 1052 II).

Hiernach ist der Wille zur Besitzvermittlung weder ausreichend noch auch notwendig. Zum gleichen Ergebnisse gelangen wir bei der Besitzdienerschaft.

§ 28. Wir bezeichneten oben als deren Merkmal, daß der Diener nach der objektiven Befehlsordnung der Gesellschaft oder des öffentlichen Rechtes zum Gehorsam betreffs der Sache verpflichtet ist. Schon daraus ergiebt sich, daß der Privatwille der Parteien bei der Herstellung eines

---

1) Vgl. §§ 556 III, 604 IV.

2) Wendt, a. a. O., S. 53.

3) d. 41, 2 de acq. l. 30 § 6, l. 32 § 1; Scheurl, a. a. O., S. 151, 157; vgl. aber auch Bekker, a. a. O., S. 221.

4) Strohal, Jahrb. f. Dogm., Bd. 38, S. 27.

solchen Verhältnisses ohnmächtig und entbehrlich ist.[1]) Es kann sich also jemand nicht ohne weiteres zum Besitzdiener des andern machen. Dasselbe gilt aber auch bezüglich der andern Frage, welche Sachen denn ein Diener für sich oder für seinen Herrn besitze. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Diener nicht schlechthin alles für den Herrn besitzt, daß er vielmehr auch eignen Besitz haben kann.[2]) Die Abgrenzung ist aber wiederum nicht aus seinem oder des Herrn inneren Willen zu gewinnen, sondern daraus, ob der Gewahrsam auf das Dienstverhältnis ursächlich zurückzuführen ist. Bezeichnend dafür ist die Zugehörigkeit der Sache zum Befehlsbereich des Herrn. Und hierfür scheint mir wieder vor allem dreierlei maßgebend zu sein:

1) Die örtliche Lage der Sache. Das Befehlsverhältnis beschränkt sich auf einem gewissen örtlichen Bereich. Freilich ist es beim Haushalt und Erwerbsgeschäft nicht gerade an das Haus oder die Geschäftsräume gebunden. Auch was die Dienstboten oder Lehrlinge durch die Straßen tragen — was sie etwa vom Markte holen oder zum Ausbessern fortbringen — steht im Besitze des Herrn. Anders aber, wenn eine solche räumliche Trennung vorhanden ist, daß das Herrschaftsband abreißt. Der Diener ist mit Sachen etwa auf eine weite Reise geschickt worden, oder der Fabrikarbeiter hat die Sache, an der er arbeitet, mit in seine Wohnung genommen.

2) Die Zugehörigkeit der Sache zu den Zwecken des Dienstes. Danach ergiebt sich bei den einzelnen Verhältnissen eine außerordentlich verschiedene Abgrenzung, je nachdem wie weit der Dienst in den Gewahrsam des Dieners eingreift. Am weitesten ist das bei Soldaten und Matrosen der Fall; das Interesse und folglich auch die Macht des Dienstes erstreckt sich hier z. B. selbst auf die Wäsche, die dem Soldaten gehört. Ebenso ist auch je nach der Natur des Abhängigkeitsverhältnisses die Frage verschieden zu beantworten, ob der Herr den Bereich der Dienstzwecke durch seinen Befehl jederzeit erweitern kann. Ist der Besitzdiener nämlich schlechthin zum Gehorsam verpflichtet — wie der Soldat — so wird auch ein unberechtigter Befehl seines Vorgesetzten die Sache vorläufig in den Bereich des Gewaltverhältnisses bringen. Anders wiederum bei den Dienstboten, die zu einem solchen unbedingten Gehorsam nicht verbunden sind.

3) Endlich ist vor allem auch ein Unterordnungsverhältnis in Bezug auf die Sache zu fordern. Dafür werden regelmäßig die Rechtsverhältnisse entscheiden, die dem Besitzerwerb zu Grunde liegen. Sei es, daß die Sache

---

1) Biermann, a. a. O., S. 6¹, 6², 7³.

2) Biermann, a. a. O., S. 6¹; vgl. auch Endemann, a. a. O., Bd. 2, S. 135 Anm. 13.

im Eigentum des Herrn steht oder daß der Besitz auf Grund eines ihm zustehenden Rechts erworben ist: immer wird bezüglich ihrer die Unterordnung vorhanden sein. Ist dagegen der Diener Eigentümer der Sachen, so ist er auch dann selbst Besitzer, wenn er sie etwa im Interesse des Dienstes benutzt. So besitzt der Kutscher die Peitsche, die Anzüge, die er in den Dienst mitgebracht hat[1]), der Beamte das eigne Tintenfaß, das er im Dienste gebraucht. Aber die Unterordnung der Sache ist auch schon dann ausgeschlossen, wenn der Diener nur einen persönlichen privatrechtlichen Anspruch darauf hat — eben weil eine Gehorsamspflicht mit Verhältnissen des Privatrechts unvereinbar ist. Pachtet z. B. der Direktor eines botanischen Gartens vom Staate einige Beete zu eigener Benutzung, so wird er deren Besitzer. Es ist aber auch nicht einmal nötig, daß das Geschäft allein oder hauptsächlich im Interesse des Besitzdieners abgeschlossen ist. Auch wenn es in erster Linie zum Vorteile des Dienstes bestimmt ist, muß dasselbe angenommen werden. Es vermietet z. B. eine Privatbahn für geringes Geld Uhren an ihre Schaffner, oder die Militärverwaltung vermietet Kasernenwohnungen an verheiratete Unteroffiziere. Auch wenn das lediglich im Interesse des Dienstes geschehen ist, sind die Mieter selbst als Besitzer anzusehen. — Zu beachten ist nur, daß viele Leistungen, die unter Fremden nur auf Grund besondrer Verträge ausgeführt zu werden pflegen, bei Dienern regelmäßig ohne besondre rechtsgeschäftliche Verpflichtung gewährt werden — eben auf Grund des allgemeinen Dienstverhältnisses, das die Grundlage der Anstellung bildet. Wenn der Diener oder Soldat irgend etwas unentgeltlich ausführt, z. B. ein paar Stiefel vom Schuhmacher holt, so wird man das nicht etwa unter den Begriff eines selbständigen Auftragsvertrages bringen können. Dies selbst dann nicht, wenn der Diener dabei etwa den Arbeitslohn ausgelegt hat. Daß er danach keinen Besitz und folglich auch kein Rückhaltungsrecht wegen seiner Ansprüche (§ 273 II) hat, scheint mir auch praktisch wohlberechtigt. Ebenso werden sich auch unentgeltliche Gewährungen des Herrn an den Diener, wie die Überlassung von Tellern, Bettzeug und Kleidungsstücken, regelmäßig nicht als besondre Leihverträge darstellen. Ein besondres Vertragsverhältnis zwischen dem Herrn und dem Diener wird man daher meist nur bei entgeltlichen Vereinbarungen annehmen können. Ist aber in der That ein Vertrag vorhanden, so stellt sich der Herr damit völlig auf eine Stufe mit dem Diener: sein Befehlsrecht ist dadurch ausgeschlossen. Bei einer Konkurrenz des Dienstverhältnisses mit einem privaten Rechtsverhältnisse geht das letztere vor.

---

1) Vgl. Strohal, a. a. O., S. 10.

Der Besitzwille des Dieners spielt daneben gar keine Rolle. Auch hier kommt es — wie beim mittelbaren Besitze — nur auf die thatsächliche Rechtsgrundlage des Besitzes an. Man wird diesem Willen danach auch bei der Frage nach der Möglichkeit einer Vertretung schwerlich maßgebende Bedeutung beimessen wollen. Es ist dem Besitzer nicht möglich, sich durch seinen Willen zum bloßen Inhaber für einen andern zu degradieren.

§ 29. Dafür besteht auch in der That gar kein praktisches Bedürfnis. Hierin tritt der Unterschied des bürgerlichen vom römisch-gemeinen Rechte klar hervor. Letzteres erforderte zum Besitze regelmäßig den Willen der Eigenherrschaft. Da der Mittler diesen Willen nicht hat, so mußte man ihm den Besitz absprechen. Um den Besitzerwerb durch andre nun überhaupt zu ermöglichen, blieb daher nichts andres übrig, als dem Mittler den stellvertretenden Besitz für den Herrn zuzuschreiben. Dies Bedürfnis ist dadurch beseitigt, daß der Mittler selbst den unmittelbaren Besitz erwerben kann.

Es bleibt indessen noch zu erwägen, ob die Stellvertretung im Besitze nicht anderweit praktische Vorzüge bietet, die ihre Zulassung empfehlen könnten. Für den Mittler selbst ist es fast immer vorteilhafter, daß er selbst den Besitz erwirbt. Denn er kann sich dann selbständig gegen eigenmächtige Eingriffe wehren. Vor allem aber ist er gegen den Auftraggeber geschützt. Ist dieser wirklicher Besitzer der Sache, so kann er sie dem Mittler wegnehmen, ohne dessen Rückforderung fürchten zu müssen, und somit sein Rückhaltungsrecht (§ 273 II) vereiteln. Nun ist es aber gerade dies Recht des Mittlers, das für seine Abgrenzung vom Besitzdiener maßgebend gewesen ist. Der Mittler soll selbst Besitzer sein, weil er daran regelmäßig ein berechtigtes Interesse hat.

Das schließt nun allerdings noch nicht aus, daß der Mittler nicht doch im einzelnen Falle auf diese Vorteile verzichten könnte. Zu Gunsten des Herrn mag er ja wohl das Recht des eignen Besitzes und der Rückhaltung von vornherein aufgeben wollen. Aber das würde keineswegs immer zum Vorteile des Herrn gereichen. Diesem muß es nur lieb sein, wenn sein Stellvertreter nach außen vollen Schutz genießt. Holt ein Freund für einen andern in einer entfernten Stadt Wertpapiere ab, so ist er im Falle eines Verlustes nach dem Gesetze imstande, sie sofort durch Besitzklage wiederzuerlangen. Die Entziehung dieses Rechtes könnte dem Herrn erheblichen Schaden bringen. Denn dessen Besitzklage würde oft viel zu spät kommen. Aber nicht einmal zum Selbstschutz würde der Inhaber berechtigt sein — wenigstens dann nicht, wenn man ihm sogar auch die Stellung eines Besitzdieners abspricht (§ 860). Würde ihm das Pferd, das er etwa für einen Auftraggeber gekauft hat, unterwegs entrissen, so dürfte er sich nur

innerhalb der Grenzen der Notwehr verteidigen, insbesondere nicht von dem Rechte der Nacheile (§ 859 II) Gebrauch machen. Es ist also ein überaus zweifelhafter Vorteil, den der Mittler seinem Auftraggeber zuwendet, falls er ihm den unmittelbaren Besitz verschaffen kann. Der Abwesende wird Besitzer, aber der Anwesende ist es nicht: jener kann nicht und dieser darf nicht die Besitzrechte geltend machen.

Fast noch bedenklicher wären die Wirkungen der Besitzvertretung für Dritte. Sie können an dem Besitze des Mittlers insofern ein erhebliches Interesse haben, als sie daraus ein Recht ableiten (vgl. unten S. 108 ff.), vor allem aber insoweit, als sie einen Anspruch gegen den Mittler als Besitzer erheben wollen. Der Besitz bestimmt die Rolle des rechten Beklagten bei der Klage auf Herausgabe aus Eigentum oder Besitzverlust (§§ 985, 1007), bei den Verfolgungsansprüchen aus §§ 867 und 1005 und bei den Forderungen, die auf Wegnahme einer Einrichtung oder Vorlegung einer Sache gerichtet sind (§§ 258, 809 ff.). Alle diese Klagen gehen auch gegen einen Besitzmittler. Vermöchte dieser aber sein Besitzverhältnis willkürlich dem Herrn zuzuwenden, so würde er sich ihnen dadurch entziehen können.

Denselben Erfolg würde man auch dann erhalten, wenn man dem Mittler nicht jede Besitzstellung absprechen, ihn aber als bloßen Besitzdiener gelten lassen wollte. Denn auch gegen den Besitzdiener können die bezeichneten Ansprüche, insbesondere die Eigentumsklage, nicht erhoben werden.[1]) Dafür sprechen die Vorschriften der Civilprozeßordnung, die eine Benennung des Rechtsurhebers nur bei dem mittelbaren Besitze zulassen (§§ 76, 325, 727 C.P.O.). Allerdings ist Voraussetzung für die praktische Durchführbarkeit dieser Ansicht, daß gegen den Inhaber vollstrecken kann, wer ein Urteil gegen den besitzenden Herrn erwirkt hat. Aber ich glaube, daß man das in der That annehmen muß. Nach §§ 883 und 886 C.P.O. (vgl. §§ 808, 809) darf der Gerichtsvollzieher im Wege der Vollstreckung nur solche Sachen wegnehmen, die sich im G e w a h r s a m des Schuldners, des Gläubigers oder eines zustimmenden Dritten befinden. Dieser Gewahrsam ist jedoch m. E. völlig gleichbedeutend mit dem Besitze des bürgerlichen Gesetzbuches. Endemann (S. 159 A. 12) nimmt — für die verwandten §§ 808 und 809 — das Gegenteil an. Nach ihm soll im Reichsrecht auch ferner noch ein besonderer Begriff des Gewahrsams fortbestehen, der das äußere objektive Dententionsverhältnis bezeichne. Für das bisherige Recht war nun die Unterscheidung zwischen Besitz und Gewahrsam gewiß notwendig. Der neue Besitzbegriff, der ja gleichfalls alles auf die thatsächliche Gewalt abstellt,

1) Biermann, a. a. O., S. 111.

hat sie aber m. E. unnötig gemacht. Nur bei einem Besitzdiener kann es noch vorkommen, daß das Befehlsverhältnis nach außen nicht besonders hervortritt. So bei einem Kommis, der Geld zum Wechseln auf die Bank trägt. Aber auch dann unterliegen die Sachen nach meiner Ansicht immer nur dem Zugriff der Gläubiger des Herrn und nicht der Vollstreckung durch seine eigenen Gläubiger. Möglich ist zwar, daß der Gerichtsvollzieher im Auftrag der letzteren die Sachen beim Kommis pfändet, indem er ihre Eigenschaft nicht erkennt. Auch wird man ihm daraus noch nicht immer einen Vorwurf machen können. Aber man muß die beiden Fragen wohl unterscheiden, ob der Gerichtsvollzieher pflichtgemäß gehandelt hat und ob seine Pfändung zulässig war. Denn er hat über manche Voraussetzungen der Vollstreckung nach seinem Ermessen zu entscheiden, so gut er im Augenblicke kann. Hat er davon den entsprechenden Gebrauch gemacht, so ist ihm nichts vorzuwerfen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Pfändung zulässig sei und dem § 808 entspreche. Darüber ist vielmehr nochmals eine Entscheidung durch Erhebung von Einwendungen (§ 766) oder auch durch Beschwerde (§ 793) zu erzielen. Findet dabei das Gericht, daß die Sachen nur auf Grund des Befehlsverhältnisses in der Hand des Besitzdieners gewesen sind, so muß es m. E. die Pfändung aufheben. — Anders ist es auch hier, wenn der Diener zwar anscheinend auf Grund des Dienstverhältnisses, in Wahrheit aber auf Grund eines privatrechtlichen Anspruchs gegen den Herrn besitzt. Er wird hier wirklicher Besitzer der Sachen, und sie können bei ihm nicht wegen einer Schuld des Herrn gepfändet werden.

Ist somit das gegen den Herrn erwirkte Urteil auch in die Sachen zu vollstrecken, die sich beim Diener befinden, so ist in der That die Annahme möglich und berechtigt, daß die Eigentumsklage gegen den Diener selbst nicht angestellt werden kann. Stände es also dem Geschäftsmittler frei, sich selbst zum Besitzdiener zu degradieren oder auch sein Besitzverhältnis vertretungsweise dem Herrn zuzuwenden, so würde er mit den genannten Klagen nicht belangt werden können. Das könnte jedoch dem Klageberechtigten große Nachteile bringen. Allerdings kann ja auch der besitzende Mittler dem mittelbaren Besitzer den Streit verkünden und danach von der Klage entbunden werden. Das setzt aber voraus, daß der Benannte den Prozeß übernimmt. Der Kläger behält also auch dann doch einen Gegner, der bereits im Rechtsstreite aufgetreten ist. Anders aber, wenn der Beklagte sich schon durch den Nachweis befreien könnte, daß er Vertreter eines Dritten sei. Er würde den Kläger dadurch unter Umständen nötigen, jemanden zu verklagen, dessen Aufenthalt vielleicht unbekannt ist oder der im Auslande wohnt, ohne im Inlande irgendwie vertreten zu sein.

Endlich würde dem Kläger aber auch mit einem Urteil gegen den Dritten meist gar nicht geholfen sein. Denn allerdings wäre er ja berechtigt, gegen den Inhaber zu vollstrecken. Aber eine andere Frage ist, ob eine solche Vollstreckung regelmäßig zu erreichen sein wird. Denn dem Gerichtsvollzieher muß eben diese Voraussetzung dargelegt werden — und das Vertretungsverhältnis wird ihm nicht nachzuweisen sein. Daher wäre dem Kläger hier die Möglichkeit einer Vollstreckung in die Sache meist ganz verschlossen. Es unterscheidet sich die willkürliche Degradierung des Inhabers eben auch hierin von der wirklichen Besitzdienerschaft des § 855: diese wird in den meisten Fällen nach außen hin klar kenntlich sein.

§ 30. Wir sind aber endlich in der Lage, eine noch zuverlässigere Probe auf unsre Rechnung zu machen. Bekanntlich reagiert unser Rechtsgefühl am lebhaftesten und treffendsten auf eine strafrechtliche Fragestellung. Unser Gegenstand gestattet uns, die Frage nach der strafrechtlichen Seite zuzuspitzen.

Vorausgesetzt wird hierbei, daß der Besitzbegriff des bürgerlichen Rechts auch im Strafrecht von Bedeutung sein und insbesondre die Grenze von Diebstahl und Unterschlagung bestimmen wird. Das Strafgesetzbuch spricht im § 246 allerdings von Besitz oder Gewahrsam. Ich glaube aber, daß der Begriff des Gewahrsams — ebenso wie im Civilprozeßrecht — auch hier seine besondere Bedeutung verloren hat und in dem Besitz aufgegangen ist. Beim Erlaß des Strafgesetzbuchs herrschte in den meisten Rechtsgebieten der römische Begriff des Besitzes, der häufig zu Abweichungen von der natürlichen Auffassung führte. Das bürgerliche Gesetzbuch hat dagegen den Besitz auf eine thatsächliche Grundlage gestellt, so daß er mit dem Gewahrsam zusammenfällt. Dies gilt m. E. auch für die Besitzdiener, in dem Sinne, daß ihnen auch der Gewahrsam abzusprechen ist. Der Diener kann daher Sachen, die er auf Grund des Befehlsverhältnisses inne hat, nicht unterschlagen, sondern nur stehlen.[1]) Der Dienstbote, der Sachen aus der Wohnung nimmt, der Angestellte und der Beamte, die Gelder aus dem Geschäfte oder aus der Staatskasse entwenden — sie alle sind wegen Diebstahls strafbar. In einigen dieser Fälle kam die Praxis schon bisher zum selben Ergebnisse dadurch, daß sie einen Mitgewahrsam des Herrn annahm.[2]) Diese Auffassung scheint mir nicht natürlich: sie versagt jedenfalls da, wo der Herr thatsächlich gar keine Gewalt über die Sache hat, z. B. auf eine Woche verreist ist. Dabei zeigt sich, daß der Gewahrsam hier eben hauptsächlich durch die Befehlsmacht vermittelt wird.

1) Bekker, a. a. O., S. 63; Endemann, a. a. O., S. 135[15].
2) Olshausen, Kommentar, S. 898.

Die Richtigkeit unsrer Annahme bestätigt der § 935 B.G.B., der von gestohlenen Sachen spricht und damit offenbar auch solche meint, die ein Besitzdiener entwendet hat.[1]) Man wird schwerlich annehmen wollen, daß das Gesetz hier einen andern Begriff des Stehlens im Sinne gehabt hat, als den des § 242 St.G.B. Einige Schwierigkeit machen freilich die §§ 247 und 351 St.G.B., die von einer Unterschlagung durch Lehrlinge, Gesinde und Beamte sprechen — vor allem der § 351, der für Unterschlagungen der Beamten bei unrichtiger Buchführung eine Strafverschärfung eintreten läßt. Die letzte Bestimmung wird man aber wohl auch dann anwenden können, wenn sich die That nunmehr rechtlich als Diebstahl darstellt.

Eine abweichende Ansicht vertritt Endemann[2]), der dem Begriff des Gewahrsams auch hier seine besondere Bedeutung erhalten möchte. Es soll dabei nur auf das äußere objektive Detentionsverhältnis ankommen. Das läßt sich nun entweder in dem Sinne der thatsächlichen Gewalt verstehen — und dann liegt eben Besitz vor — oder auch im Sinne einer bloß physischen Inhabung — und die kann allein doch nicht entscheiden, wie schon die eben erwähnte Strafrechtspraxis beweist. Endemann beruft sich sodann darauf, daß der Besitzer eines Grundstücks nach § 867 bezüglich der darauf gelangten Sachen noch nicht schlechthin Besitz, wohl aber eine gewisse Macht hat. Indessen ist damit doch noch nicht gesagt, daß diese mit dem Gewahrsam identisch sei, der in den andern Reichsgesetzen vorkommt. — Erwägt man endlich die Folgen beider Ansichten, so läßt sich nicht verkennen, daß die weite Ausdehnung des Diebstahlsbegriffes, insbesondere wegen des Rückfalls (§ 244 St.G.B.) nicht unbedenklich ist. Andrerseits scheint mir aber die hier vertretene Auffassung im Interesse der Einfachheit und Sicherheit des Rechts den Vorzug zu verdienen.

Darnach ist es also auch von strafrechtlicher Bedeutung, ob der Geschäftsmittler die Sache selbst besitzt oder nur für einen andern inne hat. Im ersten Falle macht er sich bloß einer Unterschlagung schuldig. Einen Diebstahl an der ihm überlassenen Sache kann er nur begehen, wenn er dabei eins der objektiv festbestimmten Abhängigkeitsverhältnisse verletzt. Wie bedenklich wäre es, wenn es dem einzelnen frei stände, diese Ordnung willkürlich außer Kraft zu setzen! Wenn ein beauftragter Agent mit den gekauften Wertpapieren durchgeht, müßte man bei der Bestrafung erst ermitteln, ob er den Besitz nicht etwa unmittelbar für den Herrn erworben hat. Dies wäre dann wieder aus seinen privaten Abmachungen oder gar

---

1) Endemann, a. a. O., S. 320 Anm. 23.

2) a. a. O., S. 157, 159 Anm. 12; vgl. aber auch S. 135 Anm. 15, 320 Anm. 23.

aus seinem bloßen Willen zu entnehmen. Letzteres scheint ja freilich insofern ungefährlich zu sein, als ein solcher besonderer Vertretungswille thatsächlich nie vorhanden sein wird. Aber es ist doch leicht möglich, daß der Angeklagte selbst auf den Gedanken kommt, die an ihn gerichtete Frage bejahen zu wollen. Er mag wohl glauben, daß er seinen Fehltritt entschuldbarer erscheinen läßt, wenn er erklärt, zuerst mit dem redlichsten Willen gehandelt zu haben. Er ahnt nicht, daß er sich dadurch der Strafe des Diebstahls preisgiebt. Es ist eben äußerst unzweckmäßig, solche unfaßbare und schwankende innere Gedanken zur Grundlage wichtiger strafrechtlicher Folgen zu machen. — Die strafrechtliche Betrachtung zeigt endlich auch die Richtigkeit unserer Annahme, daß der Vormund selbst Besitzer des in seiner Hand befindlichen Mündelguts sein muß. Sonst müßte man sich dazu entschließen, eine Veruntreuung des Vormunds künftig als Diebstahl zu bestrafen.

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist, daß eine Art Vertretung im Besitz nur bei den bestimmten Gewaltverhältnissen nach § 855 möglich ist, und daß es im übrigen dazu sowohl an einem Mittel als auch an einem Bedürfnis fehlt. Auch der Beauftragte, dem eine Sache übergeben wird, kann den unmittelbaren Besitz demnach nur für sich, nicht für den Auftraggeber, erwerben.

II. Der Ersatz der Übergabe.

§ 31. So erhalten wir denn ein eigenartiges Bild: ein Eigentumsvertrag, geschlossen für den Vertretenen, und eine Übergabe, erfolgt an den Vertreter! Die Folge scheint zu sein, daß jener erst durch die weitere Übergabe an ihn Eigentum erlangte. Es bedarf indessen keiner Ausführung, daß das ein höchst unbefriedigendes Ergebnis wäre. Insbesondre könnte die Sache, solange sie sich noch beim Mittler befindet, von dessen Gläubigern in Beschlag genommen werden. Es würde sich also niemand mehr ohne Gefahr eines verschuldeten Vertreters zum Erwerb bedienen können. Gegen solche Gefahren muß der Vertretene gesichert sein. Es muß ein Mittel gefunden werden, das ihm den unmittelbaren Erwerb ermöglicht.

Dies Mittel glaube ich in der Erwerbsform des § 931 sehen zu können, wonach die Übergabe durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache ersetzt werden kann. Man muß sich dazu folgende Reihe von Fällen vergegenwärtigen:

Erster Fall: Ein Pferd, das dem Händler A gehört, steht bei dem Gastwirt B. A tritt den Anspruch auf Herausgabe an den Käufer des Pferdes, Landwirt C, ab.

Zweiter Fall: Um dem auswärtigen C das Pferd zu verschaffen, giebt B es dem Gastwirt A und tritt den Anspruch darauf an C ab. Die Abtretung kann auch gleichzeitig mit der Weggabe vorgenommen werden: denn man hat die Abtretung eines dinglichen Anspruchs sogar dann zugelassen, wenn es sich um einen zukünftigen Anspruch aus erwarteter Störung handelt.[1])

Dritter Fall: A vollzieht den Abtretungsvertrag gegenüber einem Vertreter des C.

Vierter Fall: Dieser Vertreter des C ist derselbe B, dem die Sache übergeben wird.

Diese Reihenfolge zeigt, daß eine derartige Abtretung des Anspruchs von A an C wohl möglich ist. Es ist ja nicht zu leugnen, daß diese Konstruktion etwas künstlich erscheint. Aber ich glaube zunächst, daß man aus dem, was verhandelt wird, thatsächlich ihren Grundgedanken entnehmen kann. A erklärt, dem C das Eigentum übertragen zu wollen, eben auf dem Wege, der es ermöglicht. Darauf gründet sich die erforderliche Einigung. Giebt er nun die Sache an einen Vertreter, so will er, daß der Dritte von diesem solle die Sache fordern können. Darin liegt die Abtretung des dinglichen Anspruchs. Allerdings wird der Vertretene meist ja schon aus seiner sonstigen Beziehung zum Mittler gegen diesen eine persönliche Forderung auf Herausgabe haben. Aber der Veräußerer wendet ihm nun zugleich einen dinglichen Anspruch zu. Der wirkt auch gegen alle andern Inhaber der Sache, insbesondre auch gegen Gläubiger des Mittlers, die inzwischen die Sachen gepfändet haben.

Sodann möchte ich annehmen, daß nur diese Auffassung des Erwerbs dem praktischen Bedürfnisse entspricht und dem Grundgedanken der neuen Besitzlehre gerecht wird. Daß sie einen unmittelbaren Eigentumserwerb des Vertretenen ermöglicht, wurde schon vorher als eine praktische Notwendigkeit bezeichnet. Aber für ebenso notwendig halte ich den zweiten Gedanken, daß die Übertragung sich nicht auf eine Übergabe (§ 929) gründet, sondern ihren Ersatz durch Abtretung des Anspruchs (§ 931). Es liegt nahe, die Bedeutung dieses Gegensatzes in der Wirkung des öffentlichen Glaubens für den Eigentumserwerb zu sehen. Durch eine nach § 929[1] erfolgte Veräußerung wird der gutgläubige Erwerber immer sofort Eigentümer (§ 932). Bei einer Veräußerung nach § 931 dagegen nur dann schon mit der Abtretung selbst, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist: sonst erst in

1) Reichsgericht: Seufferts Archiv, Bd. 36, Nr. 25; Bolze, Bd. 7, Nr. 435; Seuff. Arch., Bd. 30, Nr. 17; Stampe, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 80, S. 328, 363; vgl. (auch zum folgenden) von Blume, Jahrb. f. Dogm., Bd. 39, S. 453 ff.

dem Zeitpunkte, wo der Erwerber den Besitz von dem Dritten erlangt. Dieser Augenblick ist dann auch für den guten Glauben maßgebend (§ 934). Nun ist ja der Veräußerer in unserm Falle nicht mittelbarer Besitzer der Sache. Trotzdem glaube ich, daß man auch hier wird schon mit der Abtretung den Schutz der §§ 932 ff. eintreten lassen müssen, daß also in dieser Richtung kein Unterschied von der eigentlichen Übergabe anzunehmen ist.

Der Schutz eines Erwerbs auf Grund des sogen. öffentlichen Glaubens — oder wie ich sagen möchte, der Verläßlichkeit — ist im Gesetzbuche mehrfach vorgesehen. So bei abgetretenen Forderungen, die wegen Scheins nichtig, aber verbrieft sind (§ 405), bei Sachen, über die ein Erbe auf Grund eines unrichtigen Erbscheins (§ 2366) oder zuwider dem Rechte eines Testamentsvollstreckers verfügt hat (§ 2211). Die Verläßlichkeit kann sich also auf verschiedene Umstände stützen. Am wichtigsten ist ihr Schutz bei den dinglichen Verfügungen über Grundstücke und bewegliche Sachen (§§ 892, 1155, 932, 1032, 1207). Bei ersteren beruht die Verläßlichkeit auf der Eintragung des Veräußerers im Grundbuch — dem Grundbuchbesitz — und dessen rechtsgeschäftlicher Übertragung.[1]) Ebenso entscheidet bei beweglichen Sachen der Verlaß auf den Sachbesitz und dessen unmittelbare Übertragung von dem Verfügenden auf den Erwerber. Es erklärt sich das aus der Vermutung des § 1006, wonach der Besitzer einer Sache — freilich zunächst nur zu seinen Gunsten — als Eigentümer angesehen wird: danach gilt der Besitzer als Eigentümer. Und ferner aus den Vorschriften, die den Besteller eines dinglichen Rechtes zur Aufgabe des Besitzes nötigen (§§ 1032, 1205, 1253): daraus ist zu schließen, daß der Besitzer zugleich auch freier Eigentümer sei. Diese Vermutung ist aber nur dann schlüssig, wenn der Besitzer in der Übertragung zugleich seinen Besitz weggiebt. Hat er unmittelbaren Besitz, so muß er den weggeben, hat er nur mittelbaren, so genügt auch dessen Übertragung (§§ 931, 934). Aber immer ist nötig, daß er alle Macht, die er hat, bei der Veräußerung aufgiebt, damit sich kein bedenklicher Zwischenraum zwischen die Veräußerung und die Verschaffung des Besitzes einschiebt. Darum versagt der Schutz der Verläßlichkeit bei der Übertragung nach § 930: der Veräußerer, der die Sache behält, könnte noch anderweit darüber verfügen. In anderen Fällen beruht dieselbe Entscheidung darauf, daß überhaupt kein Besitz beim Veräußerer bestanden hat. So ist der Schutz bei der Besitzbelassung (§ 929[2]) davon abhängig, daß eine Übertragung dieses Besitzes vom Veräußerer stattgefunden hatte, und bei der Abtretung nach § 931 dann aus-

1) Vgl. freilich auch § 1155; Strecker, Rechte an Grundstücken, S. 93, 2, 3.

geschlossen, wenn der Cedent keinen (mittelbaren) Besitz gehabt hat. — Danach sind die Voraussetzungen für den Schutz immer nur Besitz des Veräußerers und dessen unmittelbare Übertragung im Veräußerungsgeschäfte. Beide Voraussetzungen sind auch in unserem Falle vorhanden. Seine Eigenart liegt nur darin, daß der Veräußerer hier nicht nur mittelbaren Besitz hat — vgl. § 934 — sondern sogar unmittelbaren. Diese Möglichkeit ist im Gesetze nicht besonders vorgesehen. Aber es ergiebt sich aus den entwickelten Grundgedanken, daß der Verläßlichkeitsschutz auch hier, wie nach § 934, schon mit der Abtretung eintreten muß. Sonst müßte ja auch nach § 934 für den guten Glauben nicht nur der Augenblick maßgebend sein, wo der Vertreter die Sache bekommt, sondern auch der andere, wo er sie an den Herrn weitergiebt. Und dagegen spricht die Vorschrift des § 166, wonach für die Kenntnis von Umständen und den guten Glauben regelmäßig die Person des Vertreters entscheidet. Endlich würde die entgegengesetzte Ansicht auch zu einer unbilligen Benachteiligung des Erwerbs durch Vertreter führen.

§ 32. Bezüglich des Verlasses auf das Eigentum des Veräußerers führt unsere Auffassung also zum selben Ergebnis wie die Annahme einer eigentlichen Übergabe. Aber der praktische Unterschied zeigt sich bei der Verläßlichkeit für die Freiheit des Eigentums, bei der Frage, wieweit die beschränkten dinglichen Rechte an der Sache durch die Veräußerung erlöschen. Bei der wirklichen Übergabe ist für das Recht eines Dritten kein Platz. Daher gehen bei ihr nach § 936 I 1 alle dinglichen Rechte unter. Bei der Abtretung des Anspruchs ist es insofern ähnlich, als bezüglich der meisten Rechte derselbe Erfolg mit der Abtretung eintritt, wenn der Veräußerer mittelbarer — oder nach dem eben Gesagten auch unmittelbarer — Besitzer der Sache ist (§ 936 I 3). Aber die Abtretung weicht insofern von der Übergabe ab, als bei ihr noch Raum für ein beschränktes dingliches Recht des dritten Besitzers bleibt und dies also noch fortbestehen kann. Eben der dingliche Schuldner, gegen den der abgetretene Anspruch geht, kann selbst ein Recht an der Sache haben, gerade weil er selbst Besitzer ist. Daher bestimmt § 936 III, daß im Falle des § 931 das Recht nicht erlischt, wenn es dem dritten Besitzer zusteht.

Das ist nun von recht erheblicher Bedeutung für die dinglichen Rechte, die der Mittler an der Sache hat. Möglich ist zunächst, daß ihm durch Rechtsgeschäft ein Pfandrecht oder Niesbrauch bestellt war. Dem Auktionator B ist ein Hund des A verpfändet, der aber diesem wieder zuläuft. C kauft ihn von A und beauftragt den B, ihn abzuholen. Oder der Vertreter hat ein gesetzliches Pfandrecht. Kaufmann A wohnt im Hotel des B und verkauft im Gastzimmer an einen andern Kaufmann C

Silberwaaren für 3000 Mark. Da C sie augenblicklich nicht mitnehmen kann, bittet er den Hotelwirt des A, den er von früher her kennt, sie für ihn in Empfang zu nehmen. In beiden Fällen muß das Pfandrecht des B m. E. fortbestehen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Käufer gewußt hat, daß A noch etwas auf seine Hotelrechnung schuldig war. Auch die Entfernung der Sachen aus dem Gastzimmer des A konnte dies Recht nicht zerstören, da sie doch noch auf dem Grundstücke geblieben sind (§§ 704, 560).

Noch häufiger werden Fälle vorkommen, wo dem Vertreter ein richterliches Pfandrecht an der zu liefernden Sache zusteht. Der Agent B erhält von C den Auftrag, bei A gekaufte Möbel abzuholen. Als er hinkommt, sieht er, daß es dieselben sind, die er wegen einer Forderung von 20 Mark hat vor einer Woche pfänden lassen, und deren Siegel A abgerissen hat. Er nimmt die Möbel nun aber doch mit: schon deswegen, weil die Vermutung nahe liegt, daß A sie sonst nochmals anderweit verkaufen würde. Er verschafft seinem Auftraggeber so doch wenigstens die Möbel mit geringer Pfandbelastung. Nur dadurch handelt er gemäß seiner Auftragspflicht. Daß er nun aber hierdurch seines Pfandrechtes verlustig gehen könnte, scheint mir nicht annehmbar. Man könnte dem Agenten ja zwar einen Auftragsanspruch gegen C und danach ein Rückhaltungsrecht geben wollen. Aber auch dies würde nicht zu seinem Schutze ausreichen, da es doch in einem Konkurse des C versagen würde.

Endlich ist auch denkbar, daß das dingliche Recht des Vertreters gerade erst bei der Übertragung entsteht. So besonders in den sehr wichtigen Fällen der Lieferung an einen Spediteur, Lagerhalter oder Frachtführer (§§ 410, 421, 440 H.G.B.). Ferner erwirbt der dinglich Berechtigte durch Einziehung eines belasteten Anspruchs Niesbrauch oder Pfandrecht an der geschuldeten Sache (§§ 1075, 1287). Es kann nun sehr leicht vorkommen, daß der Pfandgläubiger, der die Forderung einzieht, dabei zugleich als Vertreter des Forderungsgläubigers handelt. Dieser Umstand kann aber doch unmöglich verhindern, daß er das Pfandrecht an der Sache erhält. Bei einer eigentlichen Übergabe würde man es indessen nach § 936 wohl annehmen müssen.

Hiernach erfordert das praktische Bedürfnis, die Übertragung an Vertreter — natürlich mit Ausnahme der Besitzdiener — nicht auf eine wirkliche Übergabe zu gründen, sondern auf deren Ersatz nach § 931. Diese Abweichung ist auch nicht zufälliger Natur, sondern in der ganzen Lehre vom Besitz- und Eigentumserwerb wohl begründet. Bei der Übergabe geht der unmittelbare Besitz vom Veräußerer auf den Erwerber über — bei der Anspruchsabtretung spielt noch ein Dritter insoweit eine Rolle,

als er Besitzer ist. Daß nun beim Vertretungserwerb nur das letztere zutrifft, das mußte hier um so bestimmter und ausführlicher entwickelt werden, als das bürgerliche Recht darin von dem römisch-gemeinen abweicht. Ja noch mehr, gerade in diesem Punkte spitzt sich m. E. der Gegensatz der beiden Besitzlehren am schärfsten zu. Im alten Rechte erhält der Vertretene, der Rechtsempfänger, auch die volle Besitzherrschaft; nicht nur die Übertragung, sondern auch die Übergabe erfolgt unmittelbar an ihn. Im bürgerlichen Rechte dagegen vermag dem Mittler seine Vertretungsstellung nicht die Besitzmacht zu nehmen, die sich auf seine wirkliche Sachgewalt gründet. Im alten Rechte neigt sich der Besitz nach der rechtlichen, im neuen nach der thatsächlichen Seite.

Drittes Kapitel.

Besondere Fälle.

I. Gleichzeitige Zuwendung an den Mittler.

§ 33. Unser Ergebnis war, daß auf Grund der Übertragung der Herr das Eigentum und der Mittler den Besitz erlangt. Es gilt nun aber auch noch solche Fälle zu berücksichtigen, wo der Vertretene die Sache dem Mittler selbst zugedacht und gewollt hat, daß dieser unmittelbar Eigentümer werden soll. Ich will meinem in B. wohnenden Schwager ein Buch schenken und weise einen Buchhändler in B. an, es ihm auszuhändigen. Unbedenklich ist es, den unmittelbaren Erwerb des Bedachten dann anzunehmen, wenn der Buchhändler um die Zuwendung weiß. Dann überträgt er eben auch nur an den Bedachten. Aber es muß auch ohne diese Voraussetzung möglich sein, das Eigentum dem Mittler unmittelbar zuzuwenden. Wenn ich etwa dem Buchhändler auch nur geschrieben habe, mein Schwager werde das Buch abholen, und er danach glauben muß, es sei nicht für diesen bestimmt, so kann dieser doch sicherlich unter Umständen sofort Eigentümer werden. Wie umständlich wäre es, wollte man verlangen, daß der Schwager es mir erst noch zusenden und ich es ihm zurückschicken sollte! Diesen Umweg würde natürlich niemand in einem solchen Falle machen. Und danach würde der Bedachte hier also immer nur gutgläubiger Besitzer und nicht Eigentümer werden — was besonders bedenklich bei Vollstreckungs-Konflikten wäre. Was hier im kleinen sonderbar erscheint, würde aber zu einer ungeheuren Belästigung werden, wenn es sich um große Waarenmengen und weite Entfernungen handelt. Man könnte einwenden, die Parteien brauchten ja bloß den Veräußerer darüber zu unterrichten, daß die Waaren

für den Mittler bestimmt seien. Aber es kommt im Handelsverkehr gar nicht so selten vor, daß sie dem Veräußerer dies nicht mitzuteilen wünschen. C in Köln kauft 1000 Sack Weizen von A in Danzig und verkauft sie an einen Kaufmann B in Elbing, der sie von A abholen soll. C würde hier also genötigt sein, entweder seine Innenbeziehung zu B dem A kundzugeben oder aber sich das ganze Getreide erst nach Köln schicken zu lassen. Will er sich zu keinem von beiden entschließen, so würde der Mittler B auch hier wieder nicht Eigentümer werden und sich gegen eine Vollstreckung durch Gläubiger des C nicht verteidigen können.

Darnach muß es gewiß möglich sein, dem Mittler auch ohne eine zweite Übergabe das Eigentum zu übertragen. Es fragt sich nur, welches die Voraussetzungen dafür sind. Lenel[1]) spricht dem Mittler das Eigentum zu, so oft eine Zuwendung an ihn vorliegt, auf Grund deren er berechtigt ist, die Sache für sich zu erwerben — wie z. B. ein Darlehnsvertrag oder eine Schenkung. Aber das halte ich für zu weitgehend. Vielmehr sind die Grenzen für die Möglichkeit eines solchen Erwerbes m. E. viel enger zu ziehen.

Zunächst ist möglich, daß der Vertretene den Mittler geradezu zum Gläubiger im Kausalverhältnisse gemacht, ihm nämlich den Anspruch gegen den Veräußerer abgetreten hat. Nach dem Sinne der Einigung erfolgt die Übertragung regelmäßig an den Gläubiger, und zwar, wie wir oben annahmen, an den, der es wirklich ist. Wenn der Veräußerer also auch nichts von der Abtretung weiß, so wird seine — an den Kausalgläubiger adressierte — Übertragung doch an das richtige Ziel des Forderungserwerbers gelangen. Man könnte hier vielleicht deshalb zu einer anderen Ansicht kommen wollen, weil der Schuldner, der noch keine sichere Kenntnis von der Abtretung hat, auch durch Leistung an den Urgläubiger befreit wird (§ 407). Aber man wird trotzdem wohl darauf Gewicht legen müssen, daß er doch auch mit der Leistung an den Erwerber denselben Erfolg erreicht (§ 398 II). Dem Schuldner kommt es nur darauf an, sich von seiner Schuld zu befreien. Er wird also nicht geschädigt, wenn man der Übertragung im Zweifel die Richtung unterlegt, die dem Vertragswillen der andern beiden Beteiligten entspricht. Danach erwirbt der neue Gläubiger im Zweifel das Eigentum, sofern die Abtretung gültig ist: auch wenn der zahlende Schuldner nichts davon weiß. — Ist die Abtretung dagegen nichtig, so übt sie natürlich gar keinen Einfluß aus, falls der Schuldner nichts davon weiß. Im anderen Falle ferner ist weiter zu unterscheiden, ob sie vom Urgläubiger ihm mitgeteilt oder durch Urkunde bescheinigt ist. Ist

1) a. a. O., S. 66, 112; vgl. auch Bremer, a. a. O., Bd. 20, S. 38, 50.

das der Fall, so befreit den Schuldner die Leistung an den Erwerber schlechthin, auch wenn die Abtretung nichtig ist (§ 409). Dagegen würde ihn eine Leistung an den Urgläubiger nicht mehr befreien, sofern die Abtretung gültig wäre. Deshalb muß man seine Übertragung hier m. E. dahin auslegen, daß er, um sicher zu gehen, nur dem neuen Gläubiger übertragen wolle. Bei Nichtigkeit der Abtretung würde ihn zwar auch die Zahlung an den Urgläubiger befreien. Aber mit der Übertragung an den neuen erreicht er immer seinen Zweck. Und deshalb meine ich, daß er hier thatsächlich eben doch nur an den neuen leisten will und leistet. Danach macht er den Erwerber auch dann zum Eigentümer, wenn die Abtretung nichtig gewesen ist. Anders aber, wenn der Schuldner die Abtretung zwar erfahren hat, aber nicht durch eine Mitteilung oder Urkunde des Urgläubigers. Dann wird er durch die Zahlung an den Neugläubiger nur im Falle einer gültigen Abtretung befreit. Man wird demgemäß seine Übertragung auch dahin auslegen müssen, daß er die Gefahr der Ungültigkeit nicht übernehmen will. Er wird hier also lediglich in dem Sinn übertragen, daß der wirkliche Gläubiger Eigentümer werden solle.

§ 34. So kann der Vertreter das Eigentum durch Abtretung des Anspruchs an den Vertreter unmittelbar weiter übertragen. Aber auch ohne ihn zum Gläubiger zu machen, kann er ihm auf andere Art das Eigentum zuwenden. Er will vielleicht, daß der Vertretene sofort durch Einziehung Eigentümer werden soll, nicht aber, daß er in anderer Weise — durch Abtretung oder Verzicht — solle über die Forderung verfügen können. Um nun eine solche Zuwendung zu ermöglichen, ist m. E. zweierlei notwendig: zunächst, daß eine wirkliche Zuwendung der Sache vom Vertreter an den Mittler geschehen, sodann, daß sie dinglich erfolgt ist.

Die erste Unterscheidung ist von Wichtigkeit, um einem möglichen Mißverständnisse vorzubeugen. Der Schuldner wird regelmäßig nur an einen Bevollmächtigten seines Gläubigers zahlen. In den meisten Fällen, wo überhaupt ein Fremderwerb vorkommt, wird der Vertreter also ermächtigt sein, die Leistung thatsächlich entgegenzunehmen. Wird insbesondere eine Sache geschuldet, so wird der Schuldner dadurch befreit, daß er dem Mittler den Besitz der Sache übergiebt; der Mittler ist berechtigt zur Entgegennahme des Besitzes — B e s i t z e m p f ä n g e r. Davon ist dann die besondere, weitergehende Ermächtigung zu unterscheiden, daß der Schuldner auch das Eigentumsrecht solle an den Vertreter übertragen dürfen. Nur in diesem besonderen Falle ist der Mittler auch zum Empfange des Rechts befugt — R e c h t s e m p f ä n g e r. Nur hier liegt eine Zuwendung an den Mittler vor, die ihn zum Eigentümer machen kann.

Dieser Gegensatz ist auch den Römern bekannt. Der Vertreter kann sofort durch die Übertragung Eigentum erwerben, wenn der Vertretene ihm das Recht zuwenden wollte. Anders aber, wenn der Vertreter nur für den Herrn erwerben sollte. Das giebt m. E. allein eine Erklärung für einige, schon oben (S. 53 ff.) erwähnte Stellen, die einander zu widersprechen scheinen. Nach der einen (d. 46, 3 de sol. l. 38 § 1) soll der zahlende Schuldner das Eigentum behalten, wenn der Mittler das Geld trotz Widerrufs des Einziehungsauftrags in rechtswidriger Absicht angenommen hat. Die andern Stellen (l. 18 und 34 § 3 eod.) machen diesen Unterschied nicht, sondern lassen den Schuldner stets befreit werden. Da l. 38 und 34 § 3 von demselben Verfasser — Julian — herrühren, ist auch nicht an einen Widerspruch zu denken. Schon daran scheitert die Erklärung, die Wendt — allerdings nur für l. 18 — versucht hat.[1]) Vielmehr gehen die Stellen von verschiedenen Thatbeständen aus. Nach dem der l. 18 und 34 § 3 ist dem Mittler die Einziehung für den Herrn aufgetragen (negotiis praeposuero — pecuniis exigendis praeposito). Die Übertragung erfolgt also nur an den Herrn, und folglich wird dieser auch Eigentümer, ohne daß es dabei irgendwie auf den Willen des Mittlers ankommen könnte.[2]) Auch der Mangel eines Auftrags steht dem Fremderwerbe nicht entgegen.[3]) Anders in l. 38 § 1. Sie handelt von dem Falle, wo dem Mittler selbst das Geld zugedacht ist. Das erhellt, wie oben schon erwähnt, aus dem unmittelbar folgenden, gleichstehenden Beispiele, wonach eine Ehefrau eine Sache zugleich als Vertreterin ihres Manns und als Beschenkte erhalten hat. Die Zuwendung an Titius ist nun aber gültig widerrufen und daher unwirksam. Bei dieser Sachlage ist es möglich, daß Titius etwa in Abänderung der ursprünglichen Absicht das Geld für den Herrn annimmt. Dann wird der Schuldner befreit. Möglich ist aber auch, daß Titius nach wie vor für sich zu erwerben gedenkt. Dann soll überhaupt kein Eigentumsübergang stattfinden — insbesondere nicht an den Titius, eben weil die beabsichtigte Zuwendung an ihn nicht zu stande gekommen ist. Die Abweichung von den anderen Stellen kann also nur darauf beruhen, daß jene von bloßen Besitzzuwendungen handeln, die l. 38 aber vom Falle der eigentlichen Rechtszuwendung.

Diese Betrachtung stellt zugleich auch die eigentümliche Ausdrucksweise der l. 38 ins rechte Licht. Die römischen Juristen waren darüber einig,

1) Das Allgemeine Anweisungsrecht, S. 40, 42; vgl. dagegen Lenel, a. a. O., S. 100 Anm. 1; vgl. im übrigen Lenel, S. 107 ff.

2) d. 39, 5 de don. l. 13.

3) Vgl. oben S. 50 ff.

daß der Mittler nicht erwerben könne, wenn die Zuwendung des Herrn an ihn nicht gültig erfolgt sei.[1]) Aber sie stritten darüber, ob das Eigentum dann an den Vertretenen gelange oder — wie nach l. 38 — bei dem Veräußerer zurückbleibe. Es hängt diese Abweichung damit zusammen, daß sie sich den Übergang an den Mittler überhaupt in verschiedener Weise zurechtlegten. Nach der einen Ansicht — der sogenannten Durchgangstheorie — liegt in der Tradition hier ein doppelter Akt, eine Übertragung an den Herrn und zugleich eine weitere von diesem an den Mittler. Diese Auffassung wird von Celsus, Pomponius und Ulpian verfochten.[2]) Nach der andern Ansicht, die Julian, Afrikan und Paulus vertreten, erfolgt die Übertragung unmittelbar an den Mittler, ohne das Zwischenglied des Vertretenen.[3]) Bei der Durchgangstheorie ist es von selbst gegeben, daß eine gültige Rechtsübertragung vom Herrn an den Mittler erfordert werden muß. Aber auch die Gegner kommen, wie erwähnt, praktisch zu demselben Ergebnis. Nur freilich nicht auf so glattem Wege. Denn die Gültigkeit der Erwerbsbeziehung zwischen dem Herrn und dem Vertreter kann nach ihrer Auffassung doch nur als ein Beweggrund für den zahlenden Schuldner betrachtet werden. Daher sieht sich Julian, der das Konstruktionsmittel der doppelten Übertragung verschmäht, außer stande, eine juristische Begründung für seine Entscheidung zu geben. Er muß sich mit dem Hinweis darauf begnügen, daß Titius ja ein furtum begehen würde, wenn er erwerben könnte. — Vorausgesetzt ist hierbei, daß Julian ein Gegner der Durchgangstheorie ist. Das wird freilich von manchen bestritten[4]), aber zu unrecht. Es wird nicht widerlegt durch d. 24, 1 de don. l. 3 § 13.[5]) Bewiesen wird es aber gleich durch den nächsten Satz der l. 38, der von der Schenkung an die Ehefrau handelt.[6]) Und ebenso durch eine andere, gleichfalls schon besprochene Stelle von Julian (d. 46, 3 de sol. l. 34 § 7; oben S. 56 ff.), bei der die Durchgangstheorie zu einer ganz anderen Entscheidung geführt haben würde.

§ 35. Nur eine eigentliche Rechtszuwendung kann also den Mittler unmittelbar zum Eigentümer machen: aber auch das zweitens nur dann,

---

1) d. 24, 1 de don. i. vir. et ux. l. 3 § 12; 47, 2 de furtis l. 44 pr.; 24, 1 cit. l. 26 pr.

2) d. 24, 1 cit. l. 3 § 12; 47, 2 cit. l. 44 pr.

3) d. 46, 3 de solut. l. 38 § 1; l. 34 § 7; 24, 1 de don. i. v. e. u. l. 26 pr.; vgl. Jhering, Jahrb. f. Dogm., Bd. 2, S. 141 ff.

4) Savigny, System, Bd. 4, S. 590 ff.; Wendt, a. a. O.

5) Jhering, a. a. O., S. 144 ff.; Lenel, a. a. O., S. 110 Anm. 2.

6) Lenel, a. a. O., S. 110.

wenn sie in dinglicher Weise erfolgt ist. Man kann sich jemandem zu einer Leistung obligatorisch verpflichten — so auch zur Übertragung des Anspruchs auf die Sache oder zur künftigen Lieferung einer erst zu erwerbenden Sache. Dem gegenüber steht einmal die dingliche Zuwendung des Anspruchs auf die Sache durch dessen Abtretung. Sie haben wir bereits betrachtet. Ferner kann der Gläubiger dem Vertreter auch die zu leistende Sache dadurch zuwenden, daß er den Schuldner veranlaßt, sich dem Empfänger gegenüber zu ihrer Leistung selbständig zu verpflichten (vgl. § 784). Das ist der Fall der Anweisung — der an gewisse Voraussetzungen, insbesondere eine Schriftform, gebunden ist (§ 783). Aber auch dieses Mittels bedarf es nicht. Man kann einem andern auch direkt die Leistung zuwenden. Die römischen Quellen lassen das in mehreren der eben genannten Stellen ausdrücklich zu.[1]) Der Vertreter erhält zwar noch nicht sofort, aber doch durch die Leistung der Sache ein dingliches Recht. Es wird ihm nicht die Forderung, wohl aber die Leistung dinglich zugewendet. Das unterscheidet den Fall in theoretischer Hinsicht von dem zuerst behandelten der Abtretung. Die wichtige praktische Abweichung besteht aber darin, daß der Vertreter eben nur in jenem berechtigt ist, auch auf andre Weise als durch Einziehung über den Anspruch zu verfügen.

Zu einer solchen Leistungszuwendung genügt nun nicht etwa, daß der Gläubiger obligatorisch verpflichtet ist, die Sache dem Vertreter zu liefern — etwa auf Grund eines Verkaufs oder eines Darlehnsvertrags. Die entgegenstehende Annahme Lenels (a. a. O., S. 66) scheint mir sehr bedenklich. Man muß — wie Lenel selbst mehrfach hervorhebt — stets zwischen der obligatorischen Pflicht zur Verschaffung von Rechten und der dinglichen Erfüllung unterscheiden. Auch jene bindet zwar den Schuldner. Aber er kann sich noch mit Einreden aus dem Schuldverhältnisse wehren. Er kann geltend machen, daß er noch nicht zu leisten verpflichtet sei oder aus einem Grunde die Erfüllung verweigern dürfe. Alles dies ändert sich, wenn die dingliche Leistung erfolgt ist. Sie ist von ihrem Grunde unabhängig; der Leistende hat sich daher mit ihr aller seiner Einreden beraubt. Im vorliegenden Falle handelt es sich um zwei Schuldverhältnisse und zwei Leistungen. Die erste, die vom Schuldner ausgeht und sich in der Übergabe der Sache äußert, ist zweifellos dinglicher Natur. Will man nun für den Erwerb des Mittlers seine bloß persönliche Berechtigung entscheiden lassen, so schneidet man dem Vertretenen damit alle die Rechte ab, die ihm in diesem Zwischenstadium noch zustehen. Nehmen wir an, daß er

1) Vgl. d. 24, 1 de don. l. 3 § 12; l. 26 pr.; d. 46, 3 de solut. l. 38 § 1.

den Buchhändler A beauftragt hat, ein Buch an B zu liefern — allerdings auf Grund eines Schenkungsversprechens, aber mit dem Willen, das Buch erst noch selbst zu lesen oder es dem B auf den Geburtstagstisch zu legen. Viel wichtiger noch sind die Fälle, wo dem Vertretenen ein Rückhaltungsrecht gegen den Mittler zusteht. C hat sich zur Lieferung von Waaren an B in Berlin verpflichtet. Er kauft hierzu selbst von A in Berlin und beauftragt ihn, an den B als seinen Vertreter zu liefern. Die bloße Verpflichtung des C gegenüber B kann diesen m. E. noch nicht zum Eigentümer machen. Denn C hat vielleicht erklärt, das Eigentum der Waaren dem B nur gegen Barzahlung zu überlassen. Sein Rückhaltungsrecht muß ihm erhalten bleiben. Zu der persönlichen Pflicht des Vertretenen muß noch etwas hinzukommen, was dem Mittler das Eigentum sofort zuwendet.

Das führt uns zu der Auffassung des Verhältnisses, die ich für richtig halte. Es bedarf noch eines zweiten dinglichen Aktes — einer zweiten Übertragung. Auf Grund der Lieferung erlangt zunächst der Vertretene das Eigentum; er kann es aber zugleich weiter an den Mittler übertragen. Man könnte an § 929 ² denken: die vorher erfolgte Einigung der Parteien werde wirksam, wenn der Mittler nachher den Besitz erwerbe. Aber dem steht entgegen, was oben (S. 46 ff.) bezüglich des § 930 ausgeführt wurde: daß eine Übertragung, die auf dem Besitze beruht, nicht vor dem Besitzerwerb anticipiert werden darf. Anders verhält es sich bei Erwerbsformen, die nicht auf dem Besitze, sondern auf einem Rechtsverhältnisse fußen. Das trifft bei der Übertragung nach § 931 zu, die mir auch hier das rechte Mittel abzugeben scheint. Der Vertretene C tritt dem Mittler B den Herausgabeanspruch gegen den Veräußer A ab. Diese Abtretung erfolgt allerdings zu einer Zeit, wo C noch nicht Eigentümer ist. Aber seine Verfügung wird nach § 185 II nachträglich wirksam. Durch die Abtretung erlangt dann der Mittler B das Eigentum der Sache. Es bedarf also dazu immer einer zweiten dinglichen Zuwendung. Ob sie beabsichtigt ist, das ist eine Frage der Auslegung, für die vor allem die früheren Verhandlungen zwischen dem Vertretenen und dem Mittler maßgebend sein werden.

Unsere Auffassung entspricht im wesentlichen der römischen Durchgangstheorie. Nun ist diese freilich — bei einem ähnlichen Falle — von keinem geringeren als Jhering energisch angegriffen worden.[1]) Aber seine Ausführungen richten sich zum großen Teil[2]) nur gegen die Annahme einer doppelten Tradition — also Besitzübertragung — während es sich doch,

1) Jahrb. f. Dogm., Bd. 2, S. 133 ff.
2) a. a. O., S. 135 ff., 148.

wenigstens für uns, nicht grade um diese Form des Eigentumserwerbs handelt. Vor allem trifft jedoch einer seiner Hauptgründe, daß die Theorie praktisch unnötig sei, mindestens für unsern Fall nicht zu. Beide Übertragungen haben vielmehr ihre selbständige praktische Bedeutung. Die erste wird wirksam, wenn die zweite versagt. Hat der Herr in ungültiger Weise an den Mittler veräußert, so wird er selbst Eigentümer. Diese Entscheidung des Celsus und Ulpian entspricht weit mehr den Absichten der Parteien, als die andre, wonach das Eigentum beim Schuldner zurückbleibt.[1]) Und ebenso hat die zweite Übertragung ihre selbständige Bedeutung. Vor allem insoweit, als der Mittler nur erwerben kann, wenn sie gültig erfolgt ist — was sich ohne die Durchgangstheorie nur gezwungen erklären läßt.

Auch sonst scheint mir die Absicht der Parteien hiernach am besten gewahrt zu sein. Dem Schuldner ist es gewiß recht, daß der Mittler nur dann Eigentümer wird, wenn die Zuwendung des Herrn an ihn gültig erfolgt ist. Keinesfalls wird er die Gefahr der Ungültigkeit auf sich nehmen wollen. Ferner entspricht es dem Willen des Vertretenen, daß seine Zuwendung bis zur Leistung widerruflich sein, dann aber den Mittler sofort zum Eigentümer machen soll. Die Abtretung des dinglichen Anspruchs ist ja allerdings unwiderruflich. Aber eine Rechtsbedingung für ihre Wirksamkeit ist doch, daß überhaupt ein solcher Anspruch entsteht. Das Entstehen kann der Gläubiger aber jederzeit dadurch thatsächlich verhindern, daß er dem Vertreter die Empfangsvollmacht entzieht. Denn dann wird der Schuldner nicht mehr an diesen zahlen wollen.

Man könnte sich schließlich fast versucht fühlen, dieselbe Auffassung auch in dem zuerst erörterten Falle anzuwenden, wo der Vertreter dem Mittler schon die persönliche Forderung abgetreten hat. Aber das würde m. E. doch verfehlt sein. Wie wir sahen, muß man bei der Zuwendung der Leistung immer prüfen, ob der Mittler die Sache als Selbstberechtigter (Rechtsempfänger) oder nur als Treuhänder (Besitzempfänger) bekommen soll. Nur im ersteren Falle erwirbt er Eigentum. Bei der eigentlichen Übertragung des Grundanspruches scheint es mir dagegen nicht berechtigt, nach ihrem Beweggrunde zu forschen. Es kommt hier also nichts darauf an, ob er den Anspruch auch wirtschaftlich zu eigenem Rechte oder nur als Treuhänder (Fiduciar) erworben hat. In beiden Fällen erwirbt er, wie die Forderung, so auch das Eigentum.

Wir fassen das Ergebnis kurz dahin zusammen:

---

1) d. 24, 1 de don. l. 3 § 12; Lenel, a. a. O., S. 111.

Auch wenn die Übertragung nicht ausdrücklich an den Mittler gerichtet ist, so kann dieser doch unmittelbar Eigentum erwerben.

1) auf Grund einer Abtretung des Erwerbs-Anspruchs: gemäß der Auslegungsregel, daß die Tradition im Zweifel an den wirklichen Gläubiger erfolgt;

2) auf Grund einer gleichzeitigen Zuwendung der Leistung; sie muß aber auf Zuwendung des Rechts gerichtet sein und in dinglicher Weise erfolgen.

II. Gleichzeitige Vertretung im Abschlusse des Grundvertrages.

§ 36. Weitaus am häufigsten findet eine Erwerbsvertretung in den Fällen statt, wo der Vertreter zugleich auch den zu Grunde liegenden Schuldvertrag abgeschlossen hat. Das oben ermittelte Offenheitsprinzip ist hier in doppelter Richtung anzuwenden, sowohl bezüglich des persönlichen wie des dinglichen Vertrages. Die Betrachtung dieses Falles kann danach nur eine Zusammenfassung dessen bieten, was oben für den persönlichen und den dinglichen Vertrag ausgeführt wurde. Aber gerade für diese Fälle scheint mir eine genaue Feststellung der Ergebnisse geboten zu sein. Einmal deswegen, weil sie praktisch die wichtigsten sind. Und dann auch deshalb, weil gerade hier Abweichungen des inneren Willens vom Vertragsinhalte besonders leicht vorkommen können.

Nehmen wir zunächst an, daß der Mittler B für einen Herrn C abschließen und empfangen will, beides aber nicht zum Ausdrucke bringt. Der Reisende einer Firma kauft z. B. Waaren in der irrigen Annahme, daß der Verkäufer diese seine Beziehung zur Firma kenne. Es ist das einer der einfachen, sehr häufigen Fälle, über die sich schon Puchta jahrelang mit seinem Kollegen gestritten hat (a. a. O. S. 562). Aus dem Schuldvertrage wird der Mittler selbst berechtigt und verpflichtet. Sein Erwerbsrecht zieht nach der aufgestellten Auslegungsregel i. Zw. das Eigentum nach sich. Der Mittler, der im eignen Namen gekauft hat, wird selbst Eigentümer der Sache. Das bewährt sich vor allem bei dem wichtigen Falle des Kommissionärs, der das Eigentum an dem Kommissionsgute für sich erwirbt.[1]) Seine persönliche Pflicht gegen den Auftraggeber kann diesem nicht etwa schlechthin den Erwerb zuwenden. — Zu unterscheiden sind davon die Fälle, wo es im Geschäfte unbestimmt gelassen wird, ob der Mittler für sich oder für einen Dritten erwerben wolle. Und wieder etwas anders

1) Windscheid, a. a. O., S. 447 Anm. 6 und citierte; abweichend Grünhut, Kommissionshandel, S. 431.

liegen solche, wo nur das im unklaren bleibt, ob der verhandelnde Gegner selbst der Herr des Geschäfts oder nur ein bevollmächtigter Angestellter ist. Dieser letztere Irrtum läßt die Hauptfrage, in wessen Namen das Geschäft abgeschlossen ist, ganz unberührt, und ist daher völlig unerheblich.[1])

Hat der Mittler nun auf Grund seines selbstwirkenden Kaufvertrages das Eigentum erworben, so ist er persönlich verpflichtet, es an den Geschäftsherrn zu übertragen. Auch hier gilt ganz besonders das, was oben[2]) über diese Ablieferung bemerkt wurde. Es bedarf dazu einer zweiten selbständigen Übertragung, insbesondere also auch einer Übergabe oder ihrem Ersatze durch eine neue Vereinbarung.[2]) Hierbei muß erhellen, daß der Auftraggeber nunmehr die dingliche Macht über die Sache erhalten soll.[3]) So, wenn der Agent, der Wertpapiere für den Kunden eingekauft hat, ihm davon Anzeige macht und die Stücke zugleich auf seinen Namen bucht.[4]) Nicht aber genügen dazu Handlungen, die den Mittler selbst noch gar nicht binden, wie eine gesonderte Versieglung des eingenommenen Geldes.[5]) Und ebensowenig solche Erklärungen, die sich gar nicht auf den Eigentumsübergang beziehen: z. B. die bloße Anzeige des Kommissionärs, daß er das Geschäft ausgeführt hat.[6]) Eine positive Ausnahme enthält nur das Reichsgesetz vom 5. Juli 1896 § 7 für Banquiers, die das Eigentum der eingekauften Wertpapiere schon mit der Übersendung des Stückeverzeichnisses an den Auftraggeber übertragen. Das erklärt sich aus der Eigenart des Verhältnisses: insbesondere daraus, daß die Papiere hier meistens nicht nach kurzem an den Kunden weiterzugehen, sondern längere Zeit beim Banquier zu verbleiben pflegen.[7])

Eine ähnliche Ausnahme gilt aus anderen Gründen für die Besitzdiener. Auch sie erwerben selbst das Eigentum, wenn sie auf eignen Namen abschließen. Aber sie übertragen es nach meiner Ansicht sofort auf den Herrn, insoweit der Erwerb auf dem Abhängigkeitsverhältnisse beruht (oben S. 47 ff.). Zu dieser Annahme berechtigt die eigenartige, unselbst-

1) Seuff. Archiv, Bd. 40, Nr. 100; Bd. 49, Nr. 82; Lenel, a. a. O., S. 8 Anm. 1; vgl. auch Seuff. Arch., Bd. 42, Nr. 13.

2) S. 46 ff.

3) Vgl. Seufferts Archiv, Bd. 37, Nr. 192.

4) d. 26, 7 de adm. l. 9 § 7; R.O.H.G. in Seuff. Arch., Bd. 34, Nr. 270; R.G. Entscheidungen, Bd. 11, S. 60 ff.; in Seuff. Arch., Bd. 39, Nr. 291; Lenel, a. a. O., S. 71; abweichend Seuff. Arch., Bd. 5, Nr. 112.

5) Lenel, a. a. O., S. 50, 71 gegen R.G. Entsch., Bd. 24, S. 307 ff.

6) R.G. Entscheid., Bd. 11, S. 61 ff.; R.O.H.G. Entscheid., Bd. 25, S. 251 ff.; Lenel, a. a. O., S. 70, 71.

7) Hahn, Materialien, S. 387.

ständige Stellung des Dieners gegenüber dem Herrn. Voraussetzung ist aber immer, daß der Erwerb auch wirklich im Haushalt 2c. gemacht ist. Wie wir oben sahen, genügt dazu regelmäßig nicht schon der bloße Befehl des Herrn. Sonst würde dieser den Kredit seiner Geschäftsangestellten aufs äußerste mißbrauchen können. Der Diener ist befugt, solchen Befehlen zu widersprechen — und dann wird der Erwerb dem Befehlsverhältnis eben nicht unterworfen. —

Schließt ein Mittler dagegen das Grundgeschäft auf den Namen des Vertretenen ab, so wird dieser allein berechtigt — an ihn überträgt daher auch der Verkäufer das Eigentum — er wird durch Abtretung des dinglichen Anspruchs Eigentümer.

Durch den entgegenstehenden Willen des Mittlers wird dieser Erfolg nicht gehindert. Der Kauflustige schiebt den Dritten etwa nur vor, um auf seinen Namen ein vorteilhafteres Geschäft zu machen oder sich auch den Rücktritt bequemer offenhalten zu können. Trotz dieser Hintergedanken wird m. E. nur der Dritte berechtigt.[1]) Das dürfte auch kaum zu bedauern sein, da sich die Begünstigung solcher Geschäfte schwerlich empfiehlt. Hat der Vertreter dagegen im Irrtum gehandelt, so kann er, soweit er ein Interesse daran hat, Kauf und Übergabe anfechten. Freilich wird ein solches Mißverständnis nicht sehr häufig vorkommen können. Denn der Verkäufer wird in den meisten Fällen doch den Nachweis einer Bevollmächtigung fordern. Und dabei wird es dann klar zu Tage treten, daß er das Geschäft mit dem Dritten abzuschließen glaubt. Möglich ist der Irrtum aber doch. Einmal in den Fällen, wo die Vollmacht schon aus den Umständen erhellt — und dann in den andern, wo nur unklar bleibt, wieweit der Mittler auf eignen oder fremden Namen kaufen wolle. B wird etwa von seinem Bruder C beauftragt, ihm 100 Flaschen Wein zu besorgen. Er will zugleich 100 für sich kaufen, schließt aber das ganze Geschäft versehentlich auf den Namen des C ab.

Ohne Belang ist aber auch das Rechtsverhältnis, das zwischen dem Vertreter und dem Dritten besteht. Auch ohne einen Auftrag erwirbt der Vertreter dem Herrn den Anspruch und das Eigentum, wenn er nur Vertrags- und Erwerbsvollmacht hat. Der Kaufmann C schreibt dem Agenten B, dem er eine allgemeine Vollmacht gegeben, bestimmt vor, bei seiner Reise für ihn nur 100 Hektoliter Wein einzukaufen. Mißbraucht B seine Vollmacht dahin, daß er 200 kauft, so wird nur C verpflichtet und demgemäß auch dinglich berechtigt. Mit dem Auftragsanspruche kann er von

1) Vgl. oben S. 26; a. M. Lenel, a. a. O., S. 73.

dem Agenten Ersatz des überschießenden Preises und dieser wiederum von jenem Übertragung der 100 Hektoliter fordern.

Auch hier bietet uns endlich die strafrechtliche Betrachtung Gelegenheit zu einer wirksamen praktischen Probe. Wenn ein Bevollmächtigter oder ein Dienstbote ihre Vollmacht benutzen, um rechtswidrig Waaren auf den Kredit des Herrn zu entnehmen, so wird dieser stets Eigentümer — ohne Rücksicht auf einen entgegenstehenden innern Willen des Vertreters und auf den Mangel einer Innenbeziehung zwischen ihm und dem Herrn. Behält der Mittler die Waaren, so begeht er also eine Unterschlagung, falls er ein Besitzdiener ist, sogar einen Diebstahl. Zu diesem — m. E. vollberechtigten und notwendigen — Ergebnis kann man eben nur gelangen, wenn man zum Fremderwerbe nichts anderes erfordert, als Offenheit und Vollmacht.

Hat der Mittler den Grundvertrag ohne Vetretungsmacht abgeschlossen, so kann er den Herrn nicht ohne weiteres berechtigen und verpflichten.[1]) Die Wirksamkeit des Vertrages für diesen hängt hier noch von seiner Genehmigung ab (§ 177). Erfolgt die Genehmigung, so wirkt sie auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (§ 184). Schuldvertrag und Eigentumsvertrag wirken für und gegen den Herrn: er wird verpflichtet, berechtigt und Eigentümer der Sache. — Anders, wenn die Genehmigung verweigert wird. Auch hier muß man bei der Auslegung der Tradition m. E. davon ausgehen, daß sie nur an den Gegner im Grundvertrage erfolgen solle. Danach geht das Eigentum nur dann über, wenn ein zur Vertragserfüllung verpflichteter Gegner vorhanden ist. Daß es beim Ausbleiben der Genehmigung immer an den Mittler falle[2]), scheint mir nicht dem Vertragswillen der Parteien zu entsprechen und auch nicht zweckmäßig zu sein. Vielmehr muß man nach § 179 III unterscheiden, ob der andre Vertragsgenosse A den Mangel der Vollmacht gekannt hat oder kennen mußte, oder nicht. Im letzteren Falle hat A Ansprüche gegen den falschen Vertreter — deren Umfang wieder davon abhängig ist, ob andrerseits auch der Mittler den Mangel gekannt hat. Ist dies der Fall, so darf A wählen, ob er den Vertrag mit B selbst einhalten oder Schadensersatz verlangen will (§ 179 I). Wählt er das erste, so wird B persönlich verpflichtet und berechtigt, und folglich auch Eigentümer. Wählt er das letztere, so findet m. E. kein Eigentumsübergang statt. War B hingegen in Unkenntnis über den Mangel seiner Vertretungsmacht, so haftet er nach § 179 II nur für das sogen. negative Vertragsinteresse — das man wohl

1) §§ 164, 177; vgl. auch d. 41, 2 de acq. l. 42 § 1; Paulus rec. sent. V, 2, 2.
2) Lenel, a. a. O., S. 101, 112.

besser Klarheitsinteresse nennen kann, weil es den Wert angiebt, den es für den Geschädigten haben würde, wenn er zwar nicht das beabsichtigte Geschäft durchzusetzen, aber doch wenigstens über seine Ungültigkeit klar zu sehen vermocht hätte. Auch hier muß das Eigentum beim Veräußerer zurückbleiben.

Hat A indessen gewußt, daß er mit einem vollmachtlosen Vertreter abschließt, so kann er sich nicht an diesen halten. Er überträgt daher dann auch nur an den Vertretenen, und zwar unter der Bedingung, daß dieser genehmigt. Bis dahin ist das Eigentum in der Schwebe. Wird die Genehmigung verweigert, so findet m. E. gleichfalls gar kein Erwerb statt. — Der Besitz geht dagegen in allen Fällen unbedingt und ohne irgend welche Schwebe auf den Mittler über — was nach römisch-gemeinem Rechte sehr streitig war.[1])

§ 37. An dem praktisch wichtigen Falle, wo sich Vertrags- und Erwerbsvertretung verbinden, scheint sich mir also ebenfalls die Brauchbarkeit unserer Auffassung zu bestätigen.

Nun berufen sich freilich die Gegner für ihre Ansichten ebenfalls auf die praktischen Ergebnisse, die sie in denselben Fällen gewinnen.

1) So wird vielfach angenommen, daß der Geschäftsherr gegen die Eingriffe von Gläubigern des Mittlers nicht genügend gesichert sei, wenn man zur Fremdwirkung des Grundvertrages und der Übertragung stets einen offenen Hinweis auf ihn fordere. Es müsse vielmehr ausreichen, daß der Mittler den Vertretungs**willen** gehabt habe. — Dagegen ist aber schon das einzuwenden, daß der Mittler, der für einen andern erwerben will, möglicherweise dazu noch nicht einmal obligatorisch verpflichtet ist.[2]) Von einer Beeinträchtigung des Geschäftsherrn kann man doch nur dann reden, wenn er kraft eines Rechtsverhältnisses auf den Erwerb ein Anrecht gehabt hat. Daß ein andrer lediglich den Willen gehegt hat, etwas für ihn zu erwerben: das kann man noch nicht als eine sichere Anwartschaft bezeichnen — und ebensowenig umgekehrt den Ausfall des Erwerbs als eine Schädigung.

---

1) Vgl. d. 41, 3 de usurp. l. 47; 41, 2 de acq. l. 49 § 2; Savigny, Recht des Besitzes, S. 316[1]; Chambon, Negotiorum Gestio, S. 171 ff.; Hauser, a. a. O., S. 26 ff.; Mandry, Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 63, S. 6 ff.; Pininski, a. a. O., Bd. 2, S. 206 Anm. 1 — anderseits d. 41, 2 de acq. l. 42 § 1; 41, 1 de adq. l. 13; Paulus rec. sent. V, 2, 2; Windscheid, a. a. O., Bd. 1, S. 453 Anm. 15a; Meischeider, a. a. O., S. 288 ff.; Exner, a. a. O., S. 134; Zimmermann, a. a. O., S. 220 ff.; Lenel, a. a. O., S. 60.

2) Vgl. Lenel, a. a. O., S. 79; oben S. 43.

2) Etwas anders liegt die Sache dann, wenn der Mittler kraft seines Auftrags verpflichtet ist, die Sache unmittelbar für den Dritten zu erwerben. Hier kann es der Geschäftsherr schon eher als eine unbillige Schmälerung betrachten, daß ihm der Erwerb entgeht, den der Mittler für ihn machen sollte und wollte. Und doch kann von einer ernstlichen Vermögensschädigung auch hier nicht die Rede sein. Denn wenn der Mittler auf seinen eignen Namen abschließt, so erwirbt der Herr zwar nicht das Eigentum — aber er wird anderseits auch nicht aus dem Vertrage verpflichtet. Die Pflicht fällt ebenso wie das Recht nach dem Offenheitsprinzip dem Mittler zu.

Anderseits zeigt sich die Unbilligkeit der gegnerischen Auffassung[1]) gerade auch hier besonders deutlich. Sie gefährdet zunächst das Interesse des Mittlers aufs erheblichste. Es muß diesem möglich sein, den Erwerbsauftrag so auszuführen, daß er wegen seiner Gegenansprüche gesichert wird.[2]) Sonst würde er insbesondere im Konkurse des Auftraggebers, wo sein Rückhaltungsrecht versagt, ganz schutzlos sein. Ebenso unbillig ist, daß ihn jede anderweite Verfügung der strafrechtlichen Verfolgung nach § 246 St.G.B. aussetzen würde. Ein Freund bittet einen andern, ihm von der Reise eine schöne Vase mitzubringen. Dieser hat beim Einkaufe einer Vase zunächst die Absicht, damit seinen Auftrag zu erfüllen. Kann er sie nicht nachträglich für sich behalten wollen — bei Strafe der Unterschlagung? Nicht anders, wenn er eine bestimmte Sache einkaufen soll. Es kann sich hier eben stets höchstens um die Verletzung einer persönlichen Pflicht handeln, nicht aber um einen strafrechtlichen Eingriff in fremdes Eigentum. Die letztere Ansicht ist um so weniger annehmbar, als der Mittler möglicherweise mehreren Personen zum Erwerbe derselben Sache verpflichtet sein kann. Gerade das läßt klar erkennen, daß es zur endgültigen Entscheidung über den dinglichen Erwerb noch eines besonderen unzweideutigen Merkmals bedarf: eben des Erwerbs auf den Namen des Herrn.

Ebenso wie der Mittler daran interessiert ist, daß er selbst erwirbt, können es seine Gläubiger sein, die sich an diesen Erwerb im Wege der Vollstreckung halten wollen. Sie müssen sich darauf verlassen können, daß die dem Mittler übertragenen Sachen dessen Eigentum werden.[3]) Sie können nur untersuchen, ob er sie auf seinen Namen erworben hat, nicht aber, ob das im Auftrage eines andern geschehen ist. Anders liegen die Verhältnisse nur bei dem eigentlichen Kommissionär. Daraus erklärt sich

1) Vgl. oben S. 11 ff., 42 ff; Lenel, a. a. O., S. 70, 79.
2) Enneccerus, a. a. O., S. 193.
3) Vgl. oben S. 29, 30.

die Ausnahme-Vorschrift des § 392 (Art. 368) II H.G.B., wonach die Forderungen aus den Geschäften des Kommissionärs im Verhältnisse zwischen ihm oder seinen Gläubigern zum Kommittenten als Forderungen des letzteren gelten.[1] Sie beruht darauf, daß der Kommissionär ein gewerbsmäßiger Träger fremder Vermögensstücke ist.[2] Seine Gläubiger müssen dies wissen und damit rechnen, daß die von ihm erworbenen Rechte für andere Personen bestimmt sein können.

Endlich hat aber auch der Verkäufer ein erhebliches Interesse daran, daß der Vertragsgegner, der ihm gegenüber aufgetreten ist, auch wirklicher Käufer bleibt. Diesem Interesse wird auch die Ansicht Ecks (a. a. O. S. 66) nur teilweise gerecht, wie schon oben (S. 13 ff.) ausgeführt worden ist. Danach ist die Auffassung der Gegner dem Interesse der andern Beteiligten nicht günstig, und anderseits im Interesse des Geschäftsherrn auch nicht notwendig — eben weil ihn ein wirklicher Vermögensschaden überhaupt nicht treffen kann.

3) Eine ernstliche Schädigung des Geschäftsherrn kann vielmehr nur dann eintreten, wenn er dem Mittler zugleich schon das Geld zur Bezahlung der Waaren mitgegeben hatte. Hierher gehört der von Eck aufgestellte Fall, wonach die Hausdame im Auftrage der Herrschaft, aber im eignen Namen, Löffel kauft und mit dem Gelde der Herrschaft bezahlt. In diesem Beispiele wollen wir an die Stelle der Hausdame, die möglicherweise Besitzdienerin sein kann, einen Freund setzen, der die Besorgung im Auftrag ausführt und dabei mit dem mitgegebenen Gelde zahlt. Unter dieser Voraussetzung muß doch — so hat es den Anschein — das Eigentum auf die Herrschaft übergehen. Denn hier versagen die meisten der eben erhobenen Bedenken. Ein Interesse des Verkäufers oder des Mittlers kann hier nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen; wenn das Geld z. B. falsch gewesen sein sollte. Anderseits scheint gerade hier eine Sicherung des Geschäftsherrn besonders nötig und vor allem auch ein strafrechtlicher Schutz geboten zu sein.

Trotz aller dieser Gründe entschieden die römischen Kaiser (c. 4, 50 si quis c. 8):

> Qui aliena pecunia comparat, non ei cuius nummi fuerunt, sed sibi tam actionem empti quam dominium, si tamen ei fuerit tradita possessio, quaerit.

Sie lassen also nicht den Geber des Geldes Eigentümer werden, sondern

1) Vgl. auch Reichsgesetz vom 5. Juli 1896 § 7; § 46 (38) K.O.; Schweizerisches Bürgerliches Gesetzbuch Art. 399; Protokolle, S. 2305 ff.; Jacubezki, a. a. O., S. 31.

2) Protokolle, S. 2311; Hahn, Materialien zum Handelsgesetzbuch, S. 387; vgl. freilich auch § 406 I³ H.G.B.

den Ersatzmann — obwohl doch im Eigentumserwerbe eine Vertretung möglich gewesen wäre. Und das ist praktisch auch wohl berechtigt.

Zunächst kann der Geschäftsherr den Schaden leicht dadurch verhüten, daß er dem Verkäufer vorher eine Mitteilung macht und ihn dadurch veranlaßt, unmittelbar an ihn zu übertragen. Auch nachträglich kann er sich noch dadurch helfen, daß er den Mittler zur alsbaldigen Herausgabe nötigt. Wer diese Vorsicht versäumt, der verläßt sich eben allein auf die Gewissenhaftigkeit seines Mittlers. Überhaupt unterscheidet sich der Fall von dem unter 2) besprochenen nur darin, daß der Herr dem Mittler hier außer der Vollmacht auch noch das Geld anvertraut. Nicht das schädigt den Herrn, daß der Mittler auf seinen eigenen Namen abschließt — das befreit ihn vielmehr umgekehrt von einer Verpflichtung — sondern lediglich der Umstand, daß der Mittler das ihm anvertraute Geld nicht richtig verwendet hat.[1]) Ebenso wie er es verlieren oder verleihen könnte, hat er es hier in vertragswidriger Weise angelegt. Den Schaden muß, wie in den eben genannten Fällen, der Herr tragen: er muß sich dann an seinen Vertreter halten.

Ebenfalls scheint mir die Annahme unbegründet, daß die Ansicht der Gegner aus strafrechtlichen Gründen notwendig sei. Eine Unterschlagung an der erworbenen Sache ist allerdings ausgeschlossen. Wohl aber kann eine Unterschlagung des Geldes vorliegen, wenn der Mittler nämlich von vornherein in rechtswidriger Absicht für sich gekauft und so das Geld verwendet hat. Dem steht auch nicht entgegen, daß der Mittler das Geld etwa vorher mit eigenem vermischt hat. Denn die Vermischung schafft nach §§ 948, 947 I regelmäßig nur Miteigentum — und ein Miteigentümer kann an der gemeinschaftlichen Sache eine Unterschlagung begehen. Anders verhält es sich nur dann, wenn der Mittler das Geschäft bloß aus Versehen auf seinen Namen gestellt und sich erst nachträglich entschlossen hat, die Sache zu behalten. Hier kann eine strafbare Untreue nur nach der Ziffer 1) des § 266 St.G.B. unterliegen: wenn es sich nämlich um einen Vormund oder ähnlichen Verwalter handelt. Eine Verfügung über ein Vermögensstück (§ 266, 2 St.G.B.) liegt nicht vor, da die Anwartschaft auf ein Recht doch noch nicht einen Teil des Vermögens bildet.[2]) Eine Bestrafung wird hier also nur bei Vormündern, Pflegern 2c. erfolgen können. Indessen glaube ich aber auch, daß es eines weiteren strafrechtlichen Schutzes für solche seltenen und eigenartigen Fälle gar nicht bedarf.

Anderseits sprechen erhebliche praktische Gründe gegen die Annahme,

1) Vgl. meinen Aufsatz in der Österreichischen Gerichtszeitung, Bd. 48, S. 201; auch Protokolle, S. 2310.

2) Vgl. auch Ob. Trib. in Straff., Bd. 19, S. 538; R.G. in Straff., Bd. 20, S. 358.

nach der der zahlende Geschäftsherr schlechthin immer Eigentümer werden soll. Vor allem, daß sie es an einer bestimmten, verläßlichen Abgrenzung fehlen läßt. Die Frage, ob eine Schuld gezahlt worden ist, ist durchaus nicht immer so einfach mit Sicherheit zu beantworten. Wenn man nämlich nicht willkürlich unterscheiden will, muß man der eigentlichen Zahlung auch deren Ersatzmittel gleichstellen — z. B. die Leistung an Zahlungsstatt und die Aufrechnung. Ob nun dadurch eine Tilgung herbeigeführt ist, wird oft recht zweifelhaft bleiben. Es herrscht z. B. Streit darüber, ob die Forderung, mit der aufgerechnet wurde, gültig oder auch nur fällig gewesen ist. Von solchen Umständen kann das Bestehen von Schuldverhältnissen vielfach abhängig sein. Aber höchst bedenklich ist es, diese Unsicherheit auch auf das Gebiet der dinglichen Rechte zu übertragen. Die Frage des Eigentumserwerbs muß nach bestimmteren und sicherern Merkmalen entschieden werden können. Dazu kommt noch die Möglichkeit, daß die Forderung nur zum teil getilgt ist: soll das zum Übergang auf den Herrn genügen? oder ist vielleicht zu fordern, daß die größere Hälfte bezahlt sein müsse?

Diese Bedenken steigern sich noch erheblich, wenn man erwägt, daß alle diese Fragen sogar für zwei verschiedene Zahlungen in Betracht zu ziehen sind. Man kann den Erwerb des Geschäftsherrn nämlich nicht etwa von der bloßen Mitgabe des Geldes an den Mittler abhängig machen wollen, sondern man muß ferner zugleich fordern, daß der Mittler es auch an den Verkäufer weiter gezahlt hat. Wollte man jenes annehmen, so würde man dem Geschäftsherrn mit dem Erwerb ein sehr schlechtes Geschenk machen. Nehmen wir an, der Verkäufer habe dem Mittler die Zahlung kreditiert. Dann würde der Geschäftsherr danach trotzdem Eigentümer der Sache und Schuldner aus dem Kaufe werden. Er würde also, falls der Mittler sowohl die Sache als das Geld verbringt, nochmals zahlen müssen — während der Verkäufer doch offenbar auf seine Gefahr kreditiert hat. Muß man danach fordern, daß außer der Zahlung vom Herrn an den Mittler auch noch eine zweite von diesem an den Verkäufer stattgefunden habe, so verdoppelt sich dadurch natürlich die Schwierigkeit, diese Voraussetzungen sicher zu bestimmen. In beiden Richtungen kann z. B. eine bloße Teilleistung vorliegen. Der Geschäftsherr giebt dem Mittler 150 Mark mit; dieser kauft für 200 Mark und zahlt 120 an. Wer wird nun Eigentümer? Die bekämpfte Ansicht sieht sich damit vor ein unlösbares Rätsel gestellt. Die Frage nach den beiden Zahlungen kann hier eben nicht einheitlich beantwortet werden, und einer solchen festen Antwort bedarf es durchaus bei der Frage nach dem Erwerb des Eigentums.

Zweiter Abschnitt.

Übertragung mit Vertretung des Veräußerers.

§ 38. Auch auf der Seite des Veräußerers kann ein Dritter als Geschäftsmittler beteiligt sein. Auch hier ist das Offenheitsprinzip als die maßgebende Grundlage anzusehen. Freilich wird sich auch hier sehr oft schon aus den Umständen des Falles ergeben, daß die Veräußerung im Namen eines andern erfolgt. Ein Kommis überbringt z. B. große Mengen Getreide, die offenbar von seiner Firma geliefert werden sollen. Einen Anhalt dafür, wer der Tradent sein solle, wird in vielen Fällen der Umstand geben, daß er eben der Eigentümer ist. Aber diese Auslegung ist nicht untrüglich und wird auch in vielen Fällen deshalb versagen, weil über die Eigentumsfrage nichts vertragskundig geworden ist. Den besten Wegweiser für die Auslegung wird daher auch hier der Grund der Veräußerung abgeben. Denn regelmäßig wird der das Eigentum übertragen wollen, der dazu verpflichtet ist: also der Schuldner im Grundverhältnisse. Daß ein anderer statt seiner leistet, ist zwar zulässig, aber doch nicht ohne weiteres anzunehmen. Für die Anwendung der Auslegungsregel gilt dasselbe, wie beim Erwerb durch Vertreter. Es muß im Vertrage hervortreten, daß eine Veräußerung mit Bezug auf die causa erfolge, und diese muß ergeben, wer zu übertragen habe. Die Regel versagt also z. B. bei der Leistung eines Gesamtschuldners. Anderseits ist nicht nötig, daß die vorausgesetzte Beziehung wirklich gültig ist. Und ebenso ist unerheblich, ob eine der Parteien insgeheim abweichende Gedanken gehabt hat.

Will ein Agent E also mit Wirkung für seinen Auftraggeber D an einen F veräußern, so muß er das zum Ausdrucke bringen; sonst fällt ihm selbst die rechtliche Stellung des Veräußerers zu. Man hat dagegen eingewendet, daß es dem Erwerber ja völlig gleichgültig sein müsse, von wem er das Eigentum erhalte. Sogar Lenel (a. a. O. S. 9) hat sich diesem Einwande angeschlossen. Er weist darauf hin, daß man fremde Sachen nicht nur als Vertreter des Eigentümers wirksam tradieren kann, sondern — unter Zustimmung des Eigentümers — auch als eigene. Aber eben weil es hier noch einer Zustimmung bedarf, kann der Empfänger ein großes Interesse daran haben, daß ihm der Gegner nicht in der letzteren Weise, sondern als Vertreter überträgt. Allerdings erfordert die Vertretung ja auch eine Vollmacht des Herrn. Aber es kann wohl vorkommen, daß eine Vollmacht, aber keine Einwilligung des Herrn vorliegt. Vor allem besteht

bei der Vollmacht zu Gunsten des darauf vertrauenden Dritten ein Verläßlichkeits-Schutz (§§ 170—173), bei der Zustimmung aber nicht. In solchen Fällen wird die Übertragung also wirksam sein, wenn sie als fremdwirkende Handlung eines Vertreters erscheint, wirkungslos aber, soweit man sie als eigene Verfügung des Mittlers betrachtet. Es ist nun möglich, daß die Übertragung in der ersten Weise vorgenommen und auf die Vollmacht des Vertreters gegründet wird: daß dieser aber insgeheim für sich selbst übertragen will und die Zustimmung dazu entweder irrtümlich voraussetzt oder aber noch zu erlangen hofft. Würde dieser Wille ausreichen, um die Veräußerung zu einem Geschäfte des Mittlers zu machen, so würde der Erwerber in seiner begründeten Annahme von der Wirksamkeit der Übertragung getäuscht werden. Ein Gutsverwalter schenkt an Arbeiter und Arme zu Weihnachten Kartoffeln, altes Gerät und dergleichen im Namen des abwesenden Herrn — wozu er kraft seiner öffentlich bekannten Vollmacht befugt ist. Hegt er nun dabei etwa im innern den Wunsch, die Schenkung selbst zu machen und den Herrn später um Genehmigung dessen zu bitten, so kann das die dingliche Wirksamkeit der Veräußerung nicht beeinträchtigen. Der Erwerb der Arbeiter ist von einem Vertreter erlangt worden und daher durch dessen Vollmacht völlig gedeckt; einer Zustimmung bedarf es nicht.

Von noch größerer Bedeutung ist die Offenheit deswegen, weil die Person des Veräußerers für den guten Glauben des Erwerbers maßgebend ist. Nach § 932 erlangt dieser kein Eigentum, wenn ihm bekannt oder in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Tritt ihm nun jemand als Vertreter entgegen, so muß es genügen, daß er den Vertretenen für den Eigentümer hält und halten kann. Der Reisende E — der von dem Uhrmacher D entlassen ist — veräußert noch schnell eine wertvolle Uhr seines Herrn in dessen Namen an F. Ohne Zweifel ist dieser in gutem Glauben, wenn er an das Eigentum des Uhrmachers D geglaubt hat. Es kann also auch hier nichts ausmachen, daß der Reisende im eignen Namen handeln wollte.

Ebenso kommt es im umgekehrten Falle, wo der Veräußerungsvertrag auf den Namen des Mittlers gestellt ist, nur darauf an, was der Empfänger von dessen Eigentum gedacht hat. Der Erwerber F kennt z. B. den schönen Hund des Studenten D und glaubt nicht anders, als daß er ihm gehöre. Als der Vormund des D ihn im eignen Namen veräußern will, macht er sich daher wohl seine Gedanken darüber; aber er nimmt ihn wegen des billigen Preises schließlich doch. Er ist m. E. nicht in gutem Glauben: auch dann nicht, wenn der Vormund eigentlich die Absicht hatte, für den Mündel zu veräußern.

Wie schon diese Beispiele zeigen, wird ein Zwiespalt auch hier meist nur dann vorkommen, wenn zugleich darüber Unklarheit herrscht, wer die Parteien des Grundvertrages sein sollen. Das Offenheitsprinzip ist hier auch in obligatorischer Beziehung durchaus notwendig. Wer von einem Mittler kauft, muß unbedingt wissen können, wer ihm als Verkäufer gegenübersteht, in erster Linie wegen seiner Rechte aus dem Vertrage, in zweiter aber auch wegen seiner Pflichten. Das trifft auch dann zu, wenn die verkaufte Waare schon sofort übergeben ist. Denn auch dann noch können zahlreiche Ansprüche wegen Mängel der Waare oder des Rechtes bestehen. Es kann dem Käufer nicht zugemutet werden, daß er sich ihretwegen auf einen andern Schuldner verweisen lassen soll. Anderseits darf ihm aber auch nicht freistehen, statt seines Vertragsgegners einen Dritten in Anspruch zu nehmen, von dem er beim Vertragsschlusse gar keine Ahnung gehabt hat.

§ 39. Der Abschluß des Eigentumsvertrages beruht also auch hier auf dem Grundsatz der Offenheit — genau wie bei der Vertretung des Erwerbers. Dagegen bietet die Frage der Übergabe hier nicht so erhebliche Schwierigkeiten wie dort. Denn die Übergabe erfordert zwar, daß der Empfänger Besitz erlangt, aber sie setzt nicht voraus, daß der Übergeber wirklicher Besitzer gewesen ist.[1]) Daher kann z. B. auch ein Besitzdiener (§ 855) die Übergabe der Sache vornehmen.

Und doch ist es auch hier von großer Bedeutung, daß der Mittler, dem die Sache zum Veräußern übergeben ist, nicht ein bloßer Besitzvertreter, sondern wirklicher Besitzer wird. Zunächst ist es möglich, daß die Übergabe sich durch Einigung nach § 854 II vollzieht. Und diese Form der Besitzübertragung erfordert, daß der Übertragende wirklicher Besitzer ist[2]); ein Besitzdiener würde dazu nicht imstande sein. Würde ein Ersatzmann also in dieser Weise übertragen, so könnte er dem Erwerber keinen Besitz und kein Eigentum verschaffen. Die Übergabe wird hier auch nicht etwa dadurch ersetzt, daß der Auftraggeber den Anspruch gegen den Mittler abtritt (§ 931). Denn wenn er selbst Besitzer wäre und bliebe, so würde er sich doch unmöglich dieser Form der Übertragung bedienen können.

Noch wichtiger für den Erwerber ist der Besitz des Ersatzmanns insoweit, als er erforderlich ist, um ihm den Schutz der Verläßlichkeit zu verschaffen. Nach § 932 wird der gutgläubige Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Das setzt jedoch ferner voraus, daß der Veräußerer, was er an Besitz der Sache hatte, un-

---

1) Bekker, a. a. O., S. 61, 63.
2) Strohal, a. a. O., S. 85, 86.

mittelbar an den Erwerber übertragen hat.[1]) Diese Herrschaft des Veräußerers muß aber m. E. endlich auch ein wirklicher Besitz (§§ 854 ff.) gewesen sein. Für die Fälle des § 930 und 931 ist das ausdrücklich im Gesetze bestimmt: bei § 931 erfordert der Schutz der Verläßlichkeit mittelbaren Besitz des Veräußerers (§ 934), und nach § 930 setzt sogar schon die Veräußerung (unmittelbaren) Besitz voraus. Aber auch bei der Übergabe (§ 929) ist meiner Ansicht nach dasselbe zu verlangen. Nur ein eigentlicher Besitzer — also zwar auch ein Besitzmittler, nicht aber ein Besitzdiener[2]) — kann mit dem Schutze der Verläßlichkeit übertragen.

Dafür spricht schon der § 935. Er schließt die Verläßlichkeit dann aus, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist. Das praktische Bedürfnis fordert, daß dies auch für Sachen gilt, die ein Besitzdiener vom Herrn bekommen und später verbracht hat.[3]) Daraus folgt dann aber schon, daß die Übertragung des Besitzdieners nicht den Schutz des § 932 genießt. Anders auch hier, wenn die Sache an einen Mittler weggegeben war: dieser Fall bildet sogar hauptsächlich den Gegensatz zu den im § 935 erwähnten Fällen des Verlustes. — Sodann ist auch der Vergleich mit der Verläßlichkeit im Grundbuchrecht unsrer Annahme günstig. Sie tritt nach § 892 nur dann ein, wenn jemand sich auf den Inhalt des Grundbuchs, also auf den Grundbuchbesitz des Veräußerers verläßt. Beide Schutzvorschriften stehen im Zusammenhange mit den Vermutungen der §§ 1006 und 891, wonach bei beweglichen Sachen der Sachbesitzer, bei Grundstücken der Grundbuchbesitzer als Eigentümer gilt. Wenn diese Vermutungen auch zunächst nur zu Gunsten des Besitzers sprechen, so werden sie damit eben auch auf den Vorteil des gutgläubigen Erwerbers erstreckt.

Der Besitz bildet danach stets die notwendige Grundlage für die Verläßlichkeit: der Veräußerer, der nicht wirklicher Besitzer ist, kann dem Erwerber diesen Schutz nicht verschaffen. Hiergegen ließe sich nun der Einwand erheben, daß die Übergabe doch nicht eigentlichen Besitz beim Übergeber erfordere, vielmehr auch durch bloße Besitzdiener bewirkt werden könne. Dabei wäre aber vorausgesetzt, daß eben die Gewaltübertragung, die in der Übergabe liegt, zugleich auch den Verläßlichkeitsschutz begründe. Und diese Annahme würde nicht richtig sein. Allerdings ist ein Übergang der Gewalt ja auch bei der Übergabe notwendig. Aber er ist nicht identisch mit der

1) Vgl. oben S. 86 ff.

2) Endemann, a. a. O, Bd. 2, S. 320 Anm. 23; vgl. auch Gierke, a. a. O., S. 30.

3) Oben S. 83; Endemann, a. a. O., S. 319; vgl. auch §§ 1006 I, 1007 II, III; Bekker, a. a. O., S. 62; Gierke, a. a. O., S. 25 Anm. 13, S. 52 Anm. 20.

Besitzübertragung, die der Schutz des § 932 verlangt. Beide brauchen nicht zusammenzufallen. Vollzieht sich der Eigentumsübergang durch Belassung des Besitzes (§ 929 I²), so findet nach § 932 I² ein Schutz nur statt, falls vorher eine Übertragung des Besitzes stattgefunden hatte. Umgekehrt wird bei der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses (§ 930) der Schutz nachträglich durch einen später erfolgenden Besitzerwerb bewirkt. Danach ist es auch wohl möglich, daß es nur bei der schutzbegründenden Besitzübertragung eines Vollbesitzes des Veräußerers bedarf. Sie steht als selbstständiges Erfordernis neben der andern, welche die Übergabe verlangt. Sie bildet eine besondere Voraussetzung des Erwerbs — natürlich nur in den Fällen, wo es eben an der Rechtsnachfolge gebricht. Zum Erwerbe des Eigentums und der andern dinglichen Rechte gehört also

1) der dingliche Vertrag,
2) die Übergabe des Besitzes (oder deren Ersatz), bei Grundstücken des Grundbuchbesitzes,
3) die Ableitung des Erwerbes
   a) aus dem Rechte des Urhebers,
   b) dem Besitze des Urhebers und seiner unmittelbaren Übertragung — mit gewissen Ausnahmen (böser Glaube, bei Fahrnis auf Besitzverlust).

Der Erwerb ist also in allen Fällen ein abgeleiteter.[1]) Im Falle 3b liegt eine Ableitung aus einem ungleichartigen Recht vor; wie sich das Eigentum des Pfandkäufers aus dem Pfandrechte des Verkäufers ableitet, so hier aus dem Besitze des Veräußerers.

Es wird freilich auch eine andere Auffassung vertreten: daß der dingliche Rechtserwerb an Fahrnis umgekehrt stets nur ein ursprünglicher sei[2]): so daß man gewissermaßen von einer usucapio momentanea, einer Ersitzung ohne Zeitablauf reden könne.[3]) Aber diese Annahme steht m. E. im Gegensatz zu der Ausdrucksweise, die das Gesetz bei der ganz nahestehenden Verläßlichkeit des Grundbuchs gebraucht. Hier heißt es, daß zur Begründung des Rechtes eine Einigung des Berechtigten mit dem andern notwendig sei (§ 873), daß der Inhalt des Grundbuchs aber zu Gunsten des rechtsgeschäftlichen Erwerbers als richtig gelte (§ 892). Damit ist doch wohl klar angedeutet, daß das Gesetz die Ableitung des Rechts von dem wirklich Be-

---

1) Endemann, a. a. O., S. 318.

2) Lehmann, Das bürgerliche Recht, Bd. 2, S. 79; dagegen Endemann, a. a. O., S. 318; auch von Blume, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 39, S. 434 ff.

3) Lehmann, a. a. O., S. 84; vgl. die französische Literatur, angegeben bei Endemann, a. a. O., S. 318 Anm. 12.

rechtigten als die Regel betrachtet. Vor allem sind aber auch die praktischen Folgen der entgegengesetzten Ansicht m. E. nicht zu billigen. Nach ihr würde man den rechtsgeschäftlichen Erwerber eines dinglichen Rechtes doch auch nicht als Rechtsnachfolger des Veräußerers betrachten können. An diese Rechtsnachfolge knüpft das Gesetz nun aber in mehreren Richtungen nicht unerhebliche Folgen an: z. B. die Anrechnung der Ersitzungszeit, den Übergang der Verwendungsansprüche und des Einwandes des fehlerhaften Besitzes.[1]) Und es ist doch wohl unzweifelhaft, daß diese Vorteile dem nicht versagt sein sollen, der durch Übertragung von einem Rechtsvorgänger Eigentum erworben hat.

Der Besitz des Veräußerers ist also Voraussetzung für den Schutz der Verläßlichkeit. Daraus erhellt aber weiter, wie verfehlt und bedenklich es auch hier sein würde, wenn man eine Vertretung im Besitze zuließe. Wenn ein solcher Besitzvertreter etwas in eigenen Namen, also als Ersatzmann, überträgt, so könnte der Empfänger in seinem Verlasse dann nicht geschützt werden. Das wäre aber besonders deswegen sehr unbillig, weil der Erwerber das innere Verhältnis zwischen dem Vertragsgegner und dem Dritten doch gar nicht kennen kann. Anders verhält es sich auch hier bei der Veräußerung, die ein Besitzdiener vornimmt. Sie kann dem Erwerber ja allerdings gleichfalls keinen Verläßlichkeitsschutz verschaffen. Aber der Unterschied beruht darin, daß die Herrschaftsbeziehung zwischen dem Herrn und dem Diener in den meisten Fällen offenkundig und auch dem Dritten erkennbar sein wird.

Dritter Abschnitt.

Vertretung bei den andern Erwerbsarten.

§ 40. Zum Schlusse ist noch ein kurzer Blick auf die übrigen Arten des Eigentumserwerbes zu werfen.

Bei der Ersitzung (§§ 937 ff.) kann ein Besitzmittler in der Weise mitwirken, daß sein Besitz dem mittelbaren Besitze des Ersitzenden zu Grunde liegt. Denn der Eigenbesitz, den § 937 voraussetzt, kann auch ein mittelbarer Besitz sein. Die andern Erfordernisse der Ersitzung müssen aber natürlich sämtlich beim Ersitzenden — und nicht etwa beim Mittler — vorhanden sein: insbesondre der gute Glaube (§ 937 II). Von einem Ver-

1) §§ 943, 999, 861 II, 862 II; vgl. auch §§ 1100, 1164.

tretungsverhältnisse kann man daher auch hier nicht wohl sprechen (vgl. § 166).

Ebensowenig bei dem Erwerb durch Verbindung und Vermischung (§§ 946 ff.). Denn hier setzt der Eigentumserwerb überhaupt noch nicht einmal eine menschliche Handlung voraus. Es ist völlig gleichgültig, ob die Verbindung oder Vermischung durch den Eigentümer oder einen andern Menschen oder endlich durch Naturgewalt erfolgt. Werden zwei Kornhaufen vom Winde durch einander geworfen, so findet § 948 ebenfalls Anwendung. Das gleiche gilt vom Fruchterwerb insoweit, als er sich durch die bloße Trennung vollzieht (§§ 953 ff.).

Anders verhält es sich bei dem Fruchterwerb durch Besitzergreifung, bei der Verarbeitung und der Aneignung (§§ 956, 957, 950, 958 ff.). Sie alle erfordern eine menschliche Thätigkeit; und bei allen ist es daher denkbar, daß ein anderer, als der Erwerber des Rechtes, diese Handlung vornehmen könne. Indessen glaube ich, daß eine derartige Vertretung nur bei der Verarbeitung vorkommen kann. Der Fabrikarbeiter erwirbt z. B. das Eigentum der von ihm hergestellten Erzeugnisse dem Fabrikherrn. Dabei ist es natürlich nicht nötig, daß er diesen Zweck seiner Arbeit ausdrücklich erklärt. Aber darin liegt doch noch nicht eine Ausnahme vom Offenheitsprinzip — wie viele annehmen.[1]) Sie meinen, daß dieser Grundsatz nur auf eigentliche Willenserklärungen anzuwenden sei, nicht aber auf Bethätigungen des Willens, wo es für die offene Erklärung ja schon an einem Empfänger fehle. Sie sehen sich danach genötigt, bei den bloßen Rechtshandlungen, und ebenso auch bei den nicht empfangsbedürftigen Erklärungen das Offenheitsprinzip auszuschließen. Das ist aber keineswegs die Auffassung der Römer. Sie heben gerade bei der Verarbeitung mehrfach ausdrücklich hervor, daß das Eigentum dem zufällt, cuius n o m i n e (res) facta est.[2]) Auf den innern Willen oder das Rechtsverhältnis kann sich dieser Ausdruck m. E. auch hier nicht beziehen. Sondern die Arbeit muß „im Namen" des Herrn vorgenommen sein; es muß eine äußere Beziehung auf ihn vorliegen. Daß es hier an einem bestimmten Erklärungsempfänger fehlt, steht dem nicht entgegen. Es ist schon am Anfang unserer Untersuchungen ausgeführt, daß der Begriff der Offenheit relativ ist: daß auch solche Handlungen, die nicht vor einem bestimmten Gegner vorzugehen

1) Wendt, Pandekten, S. 125; Hölder, Pandekten, S. 216 ff.; Lenel, a. a. O., S. 3 ff.; dagegen Ihering, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 1, S. 334 ff.; vgl. auch zum folgenden oben S. 67 ff.

2) d. 41, 1 de adq. l. 25; l. 27 § 1, § 2; d. 24, 1 de don. i. v. e. u. l. 31 § 1; Ihering, a. a. O., S. 334.

brauchen, darum doch oft eine gewisse andere Öffentlichkeit erfordern. Insoweit ist die Offenheit auch bei der Vertretung zu verlangen. Sonst muß man dies Erfordernis mit den Gegnern auch bei allen nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen aufgeben, wie z. B. bei der Auslobung — was doch praktisch unmöglich ist. Diese beschränkte Offenheit ist nun gerade bei der Verarbeitung meist ganz unverkennbar. Die Arbeiter einer Fabrik arbeiten für ihren Herrn, die Gesellen in der Werkstatt arbeiten für ihren Meister, die Tagelöhner auf dem Felde für den Landwirt. In allen diesen Verhältnissen liegt — ähnlich wie beim Besitz nach § 855 — eine feste Beziehung zum Herrn vor, die ihm ihre Arbeit unterwirft. Natürlich können auch diese Personen selbst Eigentum durch Verarbeitung erwerben. Aber dazu bedarf es, wie beim Besitz der Dienstboten, äußerer objektiver Umstände. Der bloße Wille kann unmöglich genügen, dem Gesellen eines Goldarbeiters Eigentum an dem Schmuckstück zu geben, das er in der Werkstatt anfertigen soll. Ebenso kann der Arbeiter nicht durch die bloße Arbeit den Herrn zum Eigentümer machen, wenn es an einer äußeren Beziehung fehlt. Ein Künstler malt ein Bild „für" einen Besteller. Sollte ihn nun seine irrige Annahme, daß es damit dem Herrn gehöre, des Eigentums berauben? Er würde diesen Irrtum teuer bezahlen müssen, wenn der Besteller vor der Überlieferung in Konkurs gerät. Man könnte nun annehmen, daß zwar nicht der Wille des Arbeiters, aber doch seine Verpflichtung gegen den Dritten diesen zum Eigentümer mache. Indessen ist das m. E. entweder unrichtig oder bedeutungslos. Unrichtig, wenn man nur einen Vertrag fordert, nach dem der Arbeiter einem andern das Eigentum zu verschaffen verpflichtet ist. Diese Pflicht hat auch der Künstler, der auf Bestellung malt (§ 651), und doch kann sie nach dem Gesagten den Erwerb des Herrn noch nicht begründen. Will man aber außerdem noch verlangen, daß der Arbeiter versprochen habe, dem Herrn unmittelbar das Eigentum zuzuwenden: so ist das nach meiner Ansicht eine Abrede, die im wirklichen Leben überhaupt nicht vorkommt. Mit dieser Unterscheidung würde also praktisch gar nichts anzufangen sein. Vielmehr ist auch hier immer auf die Offenheit des Vertretungsverhältnisses zu sehen: unter dieser Voraussetzung ist eine Art Vertretung hier zuzulassen.

§ 41. Anders dagegen bei der Aneignung und beim Fruchterwerb durch Besitzergreifung. Hier scheitert die Möglichkeit einer Vertretung m. E. daran, daß es keine Vertretung im Besitze giebt.

Nach § 956 erwirbt mit der Besitzergreifung Eigentum an den Früchten, wer von dem Eigentümer oder dem sonst unmittelbar Fruchtberechtigten die Gestattung dazu erhalten hat. Statt des Erlaubnisempfängers kann auch

ein andrer den Besitz ergreifen. Ein Arbeiter G, dem der Pächter eines Grundstückes Lehm zu holen erlaubt hat, schickt seinen Nachbar H zu der Grube. Hier erwirbt G den Besitz und folglich auch das Eigentum erst dann, wenn der Lehm ihm von H übergeben worden ist. Es ist nicht möglich, daß H als sein Vertreter handelt und ihm sofort mit der Entnahme Besitz und Eigentum zuwendet. Diese Annahme würde m. E. zu verfehlten Ergebnissen führen. Nehmen wir an, der Pächter sei zur Überlassung des Lehms an den G nicht befugt gewesen. Alsdann erwirbt G nach § 957 das Eigentum dann nicht, wenn er „bei der Ergreifung des Besitzes" nicht in gutem Glauben war. Wirkte die Besitznahme des H schlechthin für den G, so müßte schon die Entnahme durch jenen hierfür entscheidend sein. Der Vertretene, G, würde damit schon sofort Besitz und Eigentum erlangt haben. Es wäre ganz ohne Bedeutung, wenn der Eigentümer des Grundstückes etwa hinzukommt und Widerspruch erhebt, bevor H mit der Karre bei G angekommen ist. Auch hier scheint mir die entgegengesetzte Entscheidung die richtige zu sein. —

Das Gleiche gilt endlich auch bei der Aneignung. Für das römisch-gemeine Recht lassen die meisten hier allerdings eine Vertretung zu.[1]) Der Erbeuter solle Besitz und Eigentum der Sache unmittelbar einem Dritten zuwenden können. Für das bürgerliche Recht halte ich das jedoch nicht für richtig. Zunächst liegt für eine solche Vertretung gar kein Bedürfnis vor. Man macht in dieser Hinsicht freilich geltend, es würde das vom Jagdgast geschossene Wild sonst herrenlos sein. Aber das beruht wieder auf der weiteren Annahme, daß das von anderen erlegte Wild nur dann Eigentum des Jagdberechtigten werde, wenn es von einem Vertreter für ihn geschossen sei. Und diese Ansicht halte ich ebenfalls für unrichtig. Vielmehr fällt nach gemeinem und preußischem Rechte das Eigentum an allem erlegten Wild m. E. schlechthin dem Jagdherrn zu[2]), weil es mit zur Bodenrente des Grundstücks gehört. Ich halte diese Annahme für praktisch notwendig, weil die gewilderten Tiere — wenigstens nach gemeinem Rechte — sonst dem Wilderer gehören oder auch herrenlos sein würden. Diese Grundsätze des Landesrechtes werden nach Art. 69 des Einführungsgesetzes auch künftig neben § 958 II B.G.B. aufrecht erhalten bleiben.

---

1) Vgl. z. B. Ihering, a. a. O., S. 334; Lenel, a. a. O., S. 58, 59; Meischeider, a. a. O., S. 87, 88.

2) Jaehner, Eigentumserwerb an Wilderergut (Göttinger Inaug.-Dissert. 1897), S. 37; vgl. von Brünneck, Archiv f. d. civilist. Praxis, Bd. 48, S. 80 ff.; Gruchot, Beiträge, Bd. 16, S. 182 ff.; vgl. auch Protokolle, S. 3787.

Anderseits würde es für den Vertreter praktisch sehr bedenklich sein, wenn er so unmittelbar für einen andern erwürbe. Er wäre danach sofort dinglich gebunden. Es findet jemand eine schöne Muschel oder eine seltene Blume; er hebt sie in dem Gedanken auf, daß er sie für einen Freund mitnehmen wolle. Besinnt er sich nachher eines andern und schenkt sie einem Reisegefährten auf dessen Bitten, so müßte man nach der Ansicht mancher Gegner[1]) darin eine Unterschlagung oder eigentlich sogar einen Diebstahl sehen. Es scheint mir danach geradezu unmöglich, den Vertretungserwerb aus dem bloßen Willen des Erbeuters herzuleiten.[2]) Andere erfordern daher neben dem Willen auch noch eine rechtliche Beziehung zwischen ihm und dem Dritten, — die Pflicht, für diesen zu erwerben.[3]) Aber die eben genannte Entscheidung bleibt m. E. ziemlich ebenso merkwürdig, wenn der Spaziergänger seinem Freunde vorher versprochen hatte, ihm alle Muscheln, die er finde, mitzubringen. Man wird hier vielleicht einwenden, daß die rechtsverbindliche Absicht eines solchen Versprechens zu bezweifeln sei. Aber es ist schwerlich anders zu beurteilen, wenn ein Afrikareisender sich einem Förderer seines Unternehmens gegen eine feste Summe zum Mitbringen seltener Pflanzen verpflichtet. Oder wenn ein Gutsbesitzer einem Wildprethändler vertragsmäßig versprochen hat, ihm alle Hasen, die er schießt, zu überlassen. Der Erbeuter erwirbt hier ebenfalls selbst das Eigentum und kann den andern erst durch Übertragung zum Eigentümer machen. Auch bei der Aneignung muß zwischen der bloßen obligatorischen Pflicht und der dinglichen Verschaffung durchaus unterschieden werden.

Danach scheint es, als ob auch hier nur auf dem Wege des Offenheitsprinzipes ein brauchbares Ergebnis zu gewinnen sei. Das ist auch der Ausgangspunkt Iherings — der die Beziehung aber schon aus der obligatorischen Pflicht entnehmen will. Man könnte statt dessen fordern, daß die Aneignung auch äußerlich auf den Vertretenen hinweise. Aber das scheint mir nicht zweckmäßig. Denn die erwähnten Fälle gewinnen m. E. auch dann kein wesentlich anderes Ansehen, wenn man annimmt, daß der Erbeuter bei der Besitznahme eine Beziehung auf den Dritten hat hervortreten lassen. Der Spaziergänger hat etwa beim Aufheben der Muschel zu einem Begleiter bemerkt, daß er sie für seinen Freund mitnehmen wolle, oder der

---

1) Mitteis, a. a. O., S. 143 — vgl. auch S. 144 Anm. 148 —; Lenel, a. a. O., S. 58; dagegen Ihering, a. a. O., S. 333, 334.

2) Ihering, a. a. O., S. 334.

3) Ihering, a. a. O.; Eck, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 30, S. 292; Bremer, a. a. O., S. 40; dagegen Mitteis, a. a. O., S. 144 Anm. 148; Lenel, a. a. O., S. 58.

Gutsbesitzer hat auf der Jagd geäußert, daß der Wildprethändler sich heute über den Ertrag freuen würde. Trotz alledem werden sie m. E. selbst Besitzer und Eigentümer. Ein erheblicher Unterschied von der Übertragung des Eigentums liegt schon darin, daß die Vertretung dort durch ein praktisches Bedürfnis gefordert wird, nicht aber bei der Aneignung, die ja doch kein Verkehrsgeschäft ist. Vor allem aber ist auch darauf Gewicht zu legen, daß es zum Erwerb durch Aneignung immer eines wirklichen Besitzerwerbes bedarf. Und der Besitz kann stets nur dem wirklichen Inhaber der thatsächlichen Gewalt und nicht einem Vertretenen zufallen.

Druck von G. Kreysing in Leipzig.

